



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO E PROCEDURA PENALE

XXX CICLO

Tesi finale per il conseguimento del titolo

**IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*:
DISCIPLINA INTERNA E *DICTA* EUROPEI**

Tutor:

Chiar.mo Prof. Vittorio Fanchiotti

Coordinatore del corso:

Chiar.mo Prof. Paolo Pisa

Candidato:

Luca Barontini

Sommario

Introduzione	1
Capitolo primo. Un sistema integrato di fonti, principali e “collaterali”, nel quadro di tutela multilivello del principio del <i>ne bis in idem</i>	5
1. Premessa.....	6
2. Il <i>ne bis in idem</i> nelle fonti interne; cenni al (negato) principio generale di diritto internazionale	13
3. Le fonti principali.....	16
3.1. L’art. 14, comma 7, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966.	16
3.2. L’art. 4, Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Strasburgo il 22 novembre 1984.....	18
3.3. L’art. 54 CAAS e il <i>ne bis in idem</i> internazionale	22
3.4. L’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.....	26
3.5. Il mandato di arresto europeo quale fonte del <i>ne bis in idem</i> estradizionale.....	28
4. Fonti collaterali	31
4.1. L’art. 11, par. 1, lett. d), Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, in tema di ordine europeo di indagine penale e normativa di recepimento nell’art. 10, comma 1, lett. d), D.Lvo 21 giugno 2017, n. 108	31
4.2. L’art. 10, par. 1, lett. g), Direttiva 2011/99/UE del 13 dicembre 2011, in tema di ordine europeo di protezione e normativa interna di recepimento nell’art. 9, comma 2, lett. b), D.Lvo 11 febbraio 2015, n. 9	34
4.3. L’art. 15, par. 1, lett. c), Decisione quadro 2009/829/GAI del 23 ottobre 2009, sull’applicazione tra gli Stati membri dell’Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare e normativa di recepimento nell’art. 13, comma 1, lett. c), D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 36.....	36
4.4. L’art. 7, par. 2, lett. a), Decisione quadro 2005/214/GAI del 24 febbraio 2005, relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie e normativa interna di recepimento nell’art. 12, comma 1, lett. c), D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 37	38
4.5. L’art. 11, par. 1, lett. c), Decisione quadro 2008/947/GAI del 27 novembre 2008, relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle	

sanzioni sostitutive e normativa interna di recepimento nell'art. 13, comma 1, lett. c), D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 38	39
4.6. La tutela del <i>ne bis in idem</i> nella normativa in tema di provvedimenti di blocco dei beni ed ablazione reale	40
4.7. La Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali e la normativa interna di recepimento nel D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 29	43
4.8. Il <i>considerando</i> 54 del Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»).....	46
Capitolo secondo. Ermeneutica delle nozioni di <i>bis</i> e di <i>idem</i> nell'ordinamento europeo.....	48
1. La materia penale (rinvio).....	48
2. La delimitazione del concetto di medesimo fatto	49
2.1. Il medesimo fatto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	50
2.2. Il medesimo fatto nella giurisprudenza della Corte di giustizia.....	55
3. Disamina delle pronunce suscettibili di impedire l'instaurazione di un secondo giudizio.....	59
3.1. Le riserve di cui all'art. 55 CAAS alle prese con l'art. 50 CDFUE	70
3.2. ... e le condizioni di esecuzione	79
Capitolo terzo. Il principio del <i>ne bis in idem</i> al di fuori del processo penale tradizionale.....	85
1. Premessa di merito e cenni sul principio di legalità.....	85
2. Il doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale	89
3. L'età dell'oro: il doppio binario sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte Edu	94
3.1. ... e della Corte di giustizia	100
3.2. ... alla presa della Bastiglia.....	104
4. La <i>restauration</i> : A e B c. Norvegia	110
4.1. ... in attesa del pronunciamento della Gran Camera della Corte di Giustizia nelle cause Menci, Garlsson Real Estate SA e a., Di Pume e Zecca	115
5. ... Isola d'Elba o Sant'Elena?	121
Capitolo quarto. Il principio del <i>ne bis in idem</i> nella dimensione nazionale	123
1. L'art. 649 c.p.p. quale naturale conseguenza del giudicato	123
2. La progressiva espansione interpretativa del divieto di un secondo giudizio sino ad uno sconfinamento nella litispendenza.....	126

3. Gli effetti preclusivi del giudicato limitatamente all' <i>eadem</i> persona	134
4. Gli effetti preclusivi del giudicato limitatamente all' <i>idem factum</i>	137
4.1. Giurisprudenza e dottrina alle prese con la nozione di medesimo fatto: coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato nella dimensione storico-naturalistica e giuridica vs disamina limitata alla sola condotta	137
4.2. Il medesimo fatto e il concorso formale di reati	144
4.3. La sentenza del 21 luglio 2016, n. 200: fine della disputa o nuovo approccio ermeneutico (rinvio)	149
4.4. Il medesimo fatto e il reato progressivo	150
4.5. Il medesimo fatto ed i reati abituali e permanenti.....	152
5. La rilevabilità del divieto in ogni stato e grado del procedimento ed onere di allegazione.....	154
5.1. I provvedimenti preclusivi ad un nuovo giudizio: la sentenza, il decreto penale, la sentenza ai sensi dell'art. 425 c.p.p.	157
5.2. ... il provvedimento di archiviazione.....	160
6. Le eccezioni al principio del <i>ne bis in idem</i>	166
7. L'art. 669 c.p.p. quale rimedio di natura repressiva.....	169
Capitolo quinto. Il <i>ne bis in idem</i> interno e <i>dicta</i> europei: rilievi conclusivi.....	171
1. Il nuovo <i>ne bis in idem</i> interno così come rinnovato per le influenze di matrice sovranazionale.....	171
2. Il <i>casus belli</i> : la vicenda <i>Eternit</i>	172
2.1. Il primo processo.....	173
2.2. Il secondo processo e l'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale..	174
2.3. La sentenza 200/2016: la nozione europea (per la Consulta) di medesimo fatto ed il superamento dell'incompatibilità fra <i>ne bis in idem</i> e concorso formale	178
2.4. Un passo avanti (concorso formale) ed uno indietro (per la medesimezza del fatto si guarda ancora oltre la mera condotta)	183
2.5. Il sistema del codice quale espressione di favore per la contestazione unitaria dei reati in concorso formale; la lealtà processuale del pubblico ministero.....	187
3. Le pronunce preclusive di un secondo giudizio: un sostanziale allineamento fra ordinamento italiano ed europeo	194
4. L'improcrastinabile esigenza di una lettura onnicomprensiva del <i>ne bis in idem</i> processuale: verso una <i>reductio ad unum</i> di tutti gli elementi del principio	198
Bibliografia	205

Introduzione

Il 16 novembre 2016 la Gran Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con la sentenza *A. and B. v. Norway*, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, ha interrotto un percorso che, da oltre quaranta anni, si muoveva nel senso di riconoscere sempre maggiore applicazione al divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto nei confronti della stessa persona.

Negli ultimi decenni, infatti, non solo si è giunti ad affermare che una delle conseguenze dell'irrevocabilità di una sentenza penale è quella di precludere un nuovo giudizio sullo stesso fatto, ma si è arrivati a mettere in dubbio la stessa possibilità, per un ordinamento nazionale, di prevedere un sistema sanzionatorio che stabilisca per il medesimo fatto una duplicità di sanzioni in procedimenti paralleli: il processo tradizionale penale e quello (erroneamente ritenuto) amministrativo.

Mutuato dal diritto romano¹ e ivi utilizzato prevalentemente² all'interno delle controversie civili, il principio del *ne bis in idem*, sia nella dimensione interna che internazionale, è oggi riconosciuto in una pluralità di fonti normative, nazionali, convenzionali, di diritto dell'Unione Europea, fra fonti primarie e derivate, e, *ça va sans dire*, è interpretato da un imponderabile numero di operatori, fra corti europee e giudici nazionali.

Come noto, il divieto di un doppio giudizio ha visto il suo primo grande riconoscimento nel diritto moderno nel *double jeopardy* di cui al V emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America³, derivato dal diritto inglese⁴, quale corollario del *fair trial*, subendo, però, «quelle inevitabili limitazioni derivanti dalla

¹ N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Giuffrè, 1984, p. 2, per cui la massima *bis de eadem re non sit actio*, «soleva definire il divieto di duplicazioni di azioni con identico oggetto e con la quale si segnavano i limiti del rapporto controverso dedotto in giudizio con riferimento alla *litis contestatio*». M.F. QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, Liber VII, cap. 6, § 4.

² G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè Milano, 1963, p. 39, per cui il principio valeva «anche in materia criminale».

³ G. FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, in *Ind. pen.*, 1970, p. 123.

⁴ L. W. LEVY, *Origins of the Bill of Right*, Yale University Press, 1999, p. 210.

stessa struttura federale»⁵, fra cui, in particolare, un'applicabilità limitata alle sole Corti federali, sicché, ad esempio, una persona assolta da una giuria statale, ben potrebbe essere condannata in un tribunale federale⁶. Emblematico, in tal senso, il processo a carico dei poliziotti bianchi che nel 1991 picchiarono selvaggiamente il tassista nero Rodney King: assolti da una giuria statale per lesioni, furono condannati, anni dopo, da una giuria federale per violazione dei diritti umani⁷.

La *ratio* del divieto di un secondo giudizio si individua – storicamente – in due opposte⁸, ma certamente complementari, funzioni: di garanzia individuale, onde sottrarre il singolo da una persecuzione *sine die*; di garanzia collettiva, in un'ottica di certezza del diritto in senso oggettivo.

Come si avrà modo di osservare, il principio del *ne bis in idem* opera in una latitudine molto estesa. Nella dimensione interna, il divieto di un secondo giudizio dovrà misurarsi con istanze prettamente nazionali, quali la tendenza ad evitare conflitti pratici fra giudicati o – comunque – offrire coerenza e completezza agli ordini definitivi dei giudici. Nella dimensione sovranazionale, invece, le fondamenta del principio poggiano sul processo di integrazione europea, ispirato da logiche sostanzialmente economiche verso la creazione del libero mercato mediante la libera circolazione di beni, servizi e persone, e per il cui raggiungimento è risultato indispensabile assicurare che la persona già giudicata in uno Stato membro non dovesse temere un nuovo processo da parte di un altro Stato per lo stesso fatto.

L'evoluzione del principio del *ne bis in idem*, a ben vedere, segue la stessa linea che, in generale, ha caratterizzato l'opera ermeneutica del giurista contemporaneo e, per quel che interessa in questa sede, del processual-penalista.

⁵ N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. di proc. pen.*, 1981, p. 103.

⁶ V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987 p. 28, per cui «Secondo la Corte suprema una soluzione diversa dei rapporti tra i due ordinamenti sovrani [statale e federale], che precludesse ad uno di essi di procedere per un determinato episodio criminoso oggetto di un precedente procedimento da parte dell'altro, non sarebbe appagante in quanto gli interessi che i due ordinamenti mirano a tutelare nel punire lo stesso comportamento, sono spesso d'importanza diversa: permettendo ad uno solo dei due di procedere, si impedirebbe all'altro la protezione di un proprio differente e, forse, più rilevante interesse».

⁷ A. R. AMAR, J. L. MARCUS, *Double Jeopardy Law After Rodney King*, in *Columbia Law Review*, vol. 95, n. 1, 1995, p. 1.

⁸ R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in L. KALB (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. IV, UTET, Torino, 2009, p. 34.

Il giudice, pertanto, dovendo fare i conti con un sistema stratificato di fonti, sia positive sia giurisprudenziali, «si scopre schiuso in un labirinto: un tracciato multicursale nel quale si fatica ad orientarsi, ed ancora più ad individuare la giusta via, dovendo superare biforcazioni o incroci normativi, fronteggiare sempre una scelta o un “dilemma”, con il rischio di ritrovarsi, fatalmente, ad un ennesimo oscuro crocevia, se non al punto di partenza»⁹.

Non può essere revocato in dubbio il fatto che il tema del *ne bis in idem* rappresenti uno dei territori applicativi del diritto processuale penale ove maggiori sono state le influenze delle fonti sovranazionali e della giurisprudenza europea.

Si può anzi affermare che si deve al diritto europeo la riscoperta del nucleo duro del principio, mai brillantemente valorizzato dalla giurisprudenza italiana.

In particolare, con la positivizzazione del *ne bis in idem* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, prima, e nella Carta di Nizza, poi, la portata di garanzia individuale, in forza della quale una persona non deve essere “vittimizzata” dal processo per più di una volta¹⁰, ha raggiunto un livello di maturazione francamente impensabile con le sole “forze interne”.

Deve comunque rilevarsi che la pluralità di livelli di tutela del principio, pur frazionando il rischio che la violazione della garanzia non venga sanzionata, costituisce in certa misura anche il suo limite. A fianco dell'essenza della *regula iuris* (il processo per lo stesso fatto deve essere uno) trovano cittadinanza diverse sfumature del principio, quali, ad esempio, le riserve e le condizioni di esecuzione previste dalla CAAS ovvero la limitazione del campo applicativo alla sola dimensione interna (art. 4, Prot. 7, CEDU), che non permettono di offrire una definizione onnicomprensiva del principio in grado di abbracciare – unitariamente – tutte le anime.

Nelle pagine che seguiranno, analizzato il principio del *ne bis in idem* nelle sue diverse forme, interna ed internazionale, alla stregua delle fonti nazionali e

⁹ V. MANES, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, p. 3.

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 166, per cui «Il vero è che se la tortura si intende anzi che come *dolor corporis* come *dolor cordis*, il giudizio penale, sia pur condotto nelle forme più umane, è una tortura». G. SPANGHER, *Il processo penale come pena*, in AA.VV., G. TRACUZZI (a cura di), *Per Francesco Carnelutti*, Cedam, 2015, p. 165.

sovrnazionali, senza omettere una disamina della giurisprudenza delle corti europee, si proveranno a perimetrare i confini dello stato dell'arte.

Capitolo primo. Un sistema integrato di fonti, principali e “collaterali”, nel quadro di tutela multilivello del principio del *ne bis in idem*

SOMMARIO: **1** Premessa – **2** Il *ne bis in idem* nelle fonti interne; cenni al (negato) principio generale di diritto internazionale – **3** Le fonti principali – **3.1** L’art. 14, comma 7, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966 – **3.2** L’art. 4, Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Strasburgo il 22 novembre 1984 – **3.3** L’art. 54 CAAS e il *ne bis in idem* internazionale – **3.4** L’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea – **3.5** Il mandato di arresto europeo quale fonte del *ne bis in idem* estradizionale – **4** Fonti collaterali – **4.1** L’art. 11, par. 1, lett. d), Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, in tema di ordine europeo di indagine penale e normativa di recepimento nell’art. 10, comma 1, lett. d), D.Lvo 21 giugno 2017, n. 108 – **4.2** L’art. 10, par. 1, lett. g), Direttiva 2011/99/UE del 13 dicembre 2011, in tema di ordine europeo di protezione e normativa interna di recepimento nell’art. 9, comma 2, lett. b), D.Lvo 11 febbraio 2015, n. 9 – **4.3** L’art. 15, par. 1, lett. c), Decisione quadro 2009/829/GAI del 23 ottobre 2009, sull’applicazione tra gli Stati membri dell’Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare e normativa di recepimento nell’art. 13, comma 1, lett. c), D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 36 – **4.4** L’art. 7, par. 2, lett. a), Decisione quadro 2005/214/GAI del 24 febbraio 2005, relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie e normativa interna di recepimento nell’art. 12, comma 1, lett. c), D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 37 – **4.5** L’art. 11, par. 1, lett. c), Decisione quadro 2008/947/GAI del 27 novembre 2008, relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e normativa interna di recepimento nell’art. 13, comma 1, lett. c), D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 38 – **4.6** La tutela del *ne bis in idem* nella normativa in tema di provvedimenti di blocco dei beni ed ablazione reale – **4.7** La Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali e la normativa interna di recepimento nel D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 29 – **4.8** Il *considerando* 54 del Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea («EPPO»).

1. Premessa

L'operatore del diritto che si appresti ad affrontare il tema del *ne bis in idem* non può limitarsi ad analizzare le sole fonti interne poiché il prezzo di tale limitazione si risolverebbe in una disamina monca o – comunque – parziale dell'argomento.

Il principio del divieto di un secondo giudizio per lo stesso fatto nei confronti della stessa persona, infatti, è uno dei temi che, forse maggiormente, sono stati influenzati dalle fonti sovranazionali e dalla giurisprudenza delle corti europee.

Il giurista, pertanto, non può che abbandonare l'idea di un approfondimento limitato alla disciplina codicistica e costituzionale, anche se, in realtà, del *ne bis in idem* nella Carta non v'è traccia, dovendo approcciare un sistema di fonti intrecciato e complesso.

A ben vedere, infatti, sino a circa venti anni fa, per comprendere, pur sommariamente, la natura del divieto era sufficiente misurarsi con il codice di procedura penale, approfondire la corposissima dottrina italiana e prendere atto dell'interpretazione giurisprudenziale del divieto.

Lo stato dell'arte, oggi, è radicalmente mutato. Occorre dunque fare i conti con un quadro delle fonti che ha abbandonato ogni ambizione piramidale, ove in cima vi era la Costituzione e, a scendere, la legge primaria¹¹.

Non solo bisogna prendere atto delle nuove fonti di diritto positivo, la cui collocazione di rango solleva, già di per sé, rilevanti questioni interpretative, ma non ci si può sottrarre dal misurarsi con un diritto di matrice giurisprudenziale posto che le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea non si limitano ad interpretare il diritto CEDU o dell'UE, ma,

¹¹ A. DI STASI, *Garanzie "multilivello" e tutela sostanziale nella CEDU*, in (a cura di) A. DI STASI, *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano*, Cedam, Milano, 2016, p. 8. R. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1177, per cui «L'erompere massiccio dell'Europa anche in questo settore costringe ad abbandonare consolidate certezze, peraltro troppo mitizzate, e a ragionare di nuovi modelli». R. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano 2017, p. 68. A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 899.

ogniquale volta vengono adite, contribuiscono a costruire lo stesso contenuto precettivo della norma.

Non basta. L'ulteriore sforzo che deve compiere il giurista passa necessariamente con il mescolare piani concettuali tradizionalmente trattati in campi d'applicazione fra loro ermeticamente impermeabili, sicché, per esempio, non sarà infrequente che la nozione di fatto utile a verificare la violazione al *ne bis in idem* in caso di una presunta duplicazione di procedimenti, penale ed amministrativo, venga estratta da un caso in tema di doppio processo (penale) in due Stati diversi per il medesimo fatto nell'ipotesi, esemplificando, di transnazionalità di traffico di stupefacenti, senza che, necessariamente, si incorra nel più marchiano *cherry picking*.

Se, infatti, in una prospettiva interna il principio del *ne bis in idem* gode di un campo di applicazione relativamente limitato, attuandosi nella fase dell'esecuzione e, solo recentemente, riuscendo a raggiungere spazi nella litispendenza¹², dovendo fare i conti, di fatto, con una sola fonte positiva identificata nell'art. 649 c.p.p., nella prospettiva sovranazionale il quadro è certamente più variegato e complesso, ove le fonti principali che trattano il *ne bis in idem* sono inserite in due ordinamenti, la grande e la piccola Europa (CEDU ed Unione europea), affini ma distinti, con la complicazione, peraltro, che il diritto comunitario consta, oltre che di numerose fonti principali (Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen e Carta di Nizza), anche di una sterminata quantità di fonti c.d. collaterali, intendendo, per quanto interessa in questa sede, i numerosissimi atti normativi comunitari ove il tema del *ne bis in idem* è trattato

¹² Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28. Con la storica sentenza Donati (dal nome dell'imputato) la Corte di cassazione ha elevato il *ne bis in idem* a principio generale dell'ordinamento processuale che vieta la duplicazione del processo contro la stessa persona per il medesimo fatto, affermando che «Non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del p.m., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità. La non procedibilità consegue alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal p.m., ma riguarda solo le situazioni di litispendenza relative a procedimenti pendenti avanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate dalle disposizioni sui conflitti positivi di competenza, che restano invece applicabili alle ipotesi di duplicazione del processo innanzi a giudici di diverse sedi giudiziarie, uno dei quali è incompetente».

solo incidentalmente, senza però che a ciò corrisponda una minor difficoltà di trattazione.

Prima di approfondire ed analizzare le citate fonti preme sottolineare un aspetto connesso all'evoluzione del *ne bis in idem*. Non può non evidenziarsi, in tal senso, la diversa velocità con cui si sono mossi l'ordinamento nazionale e quello europeo nel senso di riconoscere sempre maggiore portata ed importanza al principio: ad un immobilismo pressoché totale della giurisprudenza nazionale che, forse, ha trovato un primo tenue punto di rottura nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale¹³, si contrappone un attivismo del legislatore europeo e, per inerzia, una produzione giurisprudenziale che, da ormai molti anni, ha dimostrato di comprendere a pieno la natura del principio.

La ragione di tale diversa velocità, probabilmente, è da individuarsi, fra gli altri motivi, anche in un dato sistemico. Il giurista italiano e, soprattutto, il giudice, spesso sordi ai moniti della dottrina, si sono sempre e solo misurati con una norma, collocata nel libro dell'esecuzione, che, in certa misura, proprio esaltando la funzione della fase conclusiva del processo penale, mira – appunto – a salvaguardarla, vietando di ripetere un processo per lo stesso fatto. Il giurista europeo, per contro, si muove in una *jungla* di fonti¹⁴ e pronunce che, in certa misura, invertono l'ordine dei fattori: non si guarda al processo che nel suo concatenarsi di atti deve rispettare un determinato diritto, ma si parte dal diritto fondamentale che non deve essere incrinato dal quel susseguirsi di atti.

Anzitutto, però, occorre sgombrare il campo da ogni dubbio circa la corretta collocazione da attribuire alla regola per cui una persona non deve essere giudicata più di una volta per lo stesso fatto.

Cosa è, dunque, il *ne bis in idem*? A fronte di un quadro di fonti complesso quale è quello che risulta dagli innumerevoli provvedimenti normativi che direttamente o incidentalmente trattano il tema, è possibile offrirne una definizione onnicomprensiva?

La risposta al primo quesito, per quanto approssimativa, è banale. Il principio del *ne bis in idem* coincide con quella regola di civiltà giuridica in forza

¹³ Corte cost., 17 luglio 2016, n. 200, in *Cass. pen.*, 2017, p. 60.

¹⁴ V. MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2014, p. 109.

della quale ad una persona che sia già stata giudicata definitivamente per un determinato fatto o reato deve essere garantito che per quello stesso fatto o reato non potrà subire un'ulteriore persecuzione penale.

Offerta la definizione in questi termini, emerge subito come la vera natura del principio sia da connettersi con un diritto fondamentale della persona, mentre tutte le altre finalità comunque sottese ad esso assumono un'importanza solo secondaria: innanzitutto il principio del *ne bis in idem* risponde all'esigenza di sottrarre il singolo, già giudicato, al perpetuo giogo statale; solo in seconda istanza emergono le altre finalità, quali l'esigenza di certezza del diritto intesa come necessità di garantire ai consociati la stabilità delle decisioni giudiziarie, ovvero l'esigenza avvertita dalla società di vedere garantita una verità legale (in via definitiva) su quelle vicende che in qualche modo turbano la quotidianità, ovvero, ancora, la ragionevole durata del processo¹⁵.

Nonostante la collocazione codicistica italiana ponga la norma dedicata al *ne bis in idem* fra le disposizioni relative all'esecuzione piuttosto che fra quelle dedicate all'imputato¹⁶, si può comunque affermare come nel diritto interno prevalga l'esigenza di garanzia individuale¹⁷ e ciò vale anche al netto di interpretazioni giurisprudenziali non sempre strumentali ad una sua piena operatività¹⁸.

¹⁵ N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 97, per cui «Individuare l'essenza del principio del *ne bis in idem* in ragioni riferibili a problemi di economia processuale o di unità della giurisdizione significherebbe svilirne la *ratio* più profonda e fuorviare i termini dell'indagine».

¹⁶ Sulla collocazione della norma nel nuovo codice, P.P. RIVELLO, Sub Art. 649, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1991, p. 421. N. GALANTINI, *Il divieto*, cit., p. 97, la quale evidenzia la diversa collocazione del principio nel codice allora vigente: «quasi a voler rimarcare la riferibilità del principio ad esigenze tipiche ed irrinunciabili della parte processuale più debole: il che, fra le distonie autoritarie del nostro codice processuale penale, rappresenta una vera rarità garantista».

¹⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1059.

¹⁸ In tema, ad esempio, di interpretazione della nozione di fatto, la giurisprudenza delle Corti europee identifica tale nozione ricorrendo al criterio del c.d. *idem factum*, guardando, cioè, al fatto nella sua dimensione storico-naturalistica (per esempio, Corte di Giustizia, seconda sezione, sentenza del 6 marzo 2006, causa c-436/04, *Van Esbroeck* e Corte Edu, Grande Camera, *Zolotukhin c. Russia*, sentenza del 10.2.2009, ric. n. 14939/03). La giurisprudenza interna, per contro, ricorre – quantomeno sino alla sentenza n. 200 del 2016 (C. cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Cass. pen.*, 2017, p. 60.) – al criterio dell'*idem* legale, guardando cioè al fatto nella sua dimensione non solo storico-naturalistica ma altresì giuridica. L'argomento sarà approfondito nell'ultimo capitolo della trattazione.

Il *ne bis in idem*, quindi, è un diritto fondamentale dell'uomo¹⁹, la cui positivizzazione risponde all'esigenza di garantire il singolo contro gli abusi dello Stato.

Sintomatico, pertanto, è il fatto che le fonti principali che trattano il principio altro non siano che Carte dei diritti fondamentali, ove assieme al *ne bis in idem* vengono riconosciuti all'uomo (e non solo al cittadino) altri diritti indisponibili quali quello alla vita ovvero alla libertà personale. Così, ad esempio, il Patto Internazionale dei diritti civili e politici, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Carta di Nizza.

In altre fonti, c.d. collaterali, nelle quali il principio è trattato solo incidentalmente, il *ne bis in idem* è garantito nel senso che l'istituto disciplinato dal provvedimento normativo, per trovare applicazione, non può prescindere dal rispetto del principio che ci occupa. A titolo meramente esemplificativo, in tema di ordine di indagine europeo²⁰, l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI qualora la sua esecuzione sia contraria al principio del *ne bis in idem*.

Nello stratificato ordinamento europeo, dunque, l'esigenza di garanzia individuale appare più incisiva rispetto a quanto non lo sia nel sistema nazionale in ragione del fatto che diverse sono le contingenze a cui devono far fronte i due ordinamenti: il primo abbandona esigenze tipiche degli ordimenti interni, quali, ad esempio, l'autorità della cosa giudicata in materia penale, utile quindi alla legittimità dell'imperio contenuto in sentenza, limitandosi ad affermare – perentoriamente – che una persona non può essere giudicata due volte per lo stesso fatto ed esaltando, principalmente, la natura soggettiva del principio; l'ordinamento interno, invece, pur senza rinnegare l'importanza del principio, deve misurarsi con altre esigenze di coerenza dell'ordinamento ovvero con pretese esigenze di giustizia sostanziale, primo grande “nemico” del *ne bis in idem*.

¹⁹ S. PRADUROUGH, *Diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., Torino, 2012, p. 305. Si suole utilizzare, indifferentemente, una pluralità di locuzioni per esprimere il medesimo concetto: diritti umani, libertà pubbliche, diritti della persona, diritti dell'uomo, diritti fondamentali.

²⁰ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale, recepita nell'ordinamento italiano con il D.Lvo 21 giugno 2017, n. 108.

La risposta al secondo quesito appare più complicata. Una definizione onnicomprensiva del principio del *ne bis in idem* è possibile solo nella misura in cui si mantenga un elevato grado di approssimazione in ragione della complessità del quadro normativo e applicativo di riferimento. Occorre infatti rammentare nuovamente non solo la reticolarità di esso, ma che, altresì, le autorità giurisdizionali legittimate a interpretare le norme non si limitano alla Corte di Giustizia ed alla Corte Edu, bensì ogni giudice della grande e della piccola Europa assume il ruolo di primo interprete della normativa convenzionale e comunitaria.

Prima di affermare la possibilità di elaborare una definizione onnicomprensiva di *ne bis in idem* che tenga conto di tutti i contorni del tema, valida, ad esempio, per il principio nella sua veste internazionale, per quella interna, per la duplicazione di procedimenti penali ed amministrativi, ed idealmente destinata, *ça va sans dire*, prima che ad ogni altro, ai giudici nazionali, appare opportuno provare a tratteggiare i contorni perimetrali del composito ordinamento nel quale operano le fonti che, direttamente o incidentalmente, trattano questo diritto fondamentale, rinviando, per il momento, la trattazione specifica degli elementi normativi.

Si tratta, quindi, di vedere come sono garantiti i diritti fondamentali all'interno delle due Europe: la CEDU, «nata con il preciso fine istituzionale di garantire l'osservanza dei diritti fondamentali da parte degli Stati nel loro ambito interno» e l'Unione europea, «aggregatasi all'inizio intorno alla disciplina transnazionale dei mercati, ma che poi ha gradualmente utilizzato il diritto e il processo penale come strumenti di tutela di quella disciplina e i diritti fondamentali come limite e fondamento della sua attività»²¹.

I due ordinamenti, comunitario e convenzionale, seppur distinti e, fino ad oggi, autonomi, posto che il processo di adesione dell'Unione europea alla CEDU sembra aver subito significativi rallentamenti²², non erano originariamente destinati ad unificarsi, ma, sviluppandosi, «hanno avuto un percorso che li ha portati ad integrare la loro capacità di combinarsi con i modelli costituzionali nazionali di tutela dei diritti, di riflettersi su di essi, di produrre risultati di riduzione delle

²¹ R. KOSTORIS, *Manuale*, cit., p. 77.

²² D. PELLEGRINI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 17, p. 31.

specificità nazionali e di definizione tendenziale di uno spazio europeo comune di protezione dei diritti»²³. In seguito, «i sistemi cominciano a dialogare tra di loro: la CE non è sottoposta al controllo della CEDU, tuttavia la Corte di giustizia europea usa le disposizioni della Convenzione, e le decisioni della Corte EDU, come materiale di costruzione del suo percorso verso il costituzionalismo dei diritti»²⁴.

In buona sostanza, il concetto di sistema multilivello dei diritti non si risolve in altro se non nella possibilità o, meglio, nella garanzia offerta al titolare del diritto di azionarlo – sussidiariamente – in diverse sedi, nonché nella possibilità di rintracciare l'essenza del principio in diverse fonti. Così, se il giudice nazionale riterrà di non riconoscere il diritto in prima istanza, sarà premura del titolare del diritto sollecitare quello stesso giudice affinché interroghi un giudice sovranazionale al fine di verificare se l'interpretazione offerta a quella situazione giuridica non osti alla fonte sovranazionale²⁵. Qualora il giudice interno (*id est*, nessuno dei giudici interni interpellati) ritenga di non adire all'organo giurisdizionale che, in via pregiudiziale, potrebbe risolvere quel dubbio, il titolare del diritto avrà ancora la possibilità, esaurite le vie interne, di rivolgersi ad un altro giudice sovranazionale al fine di vedere censurata quella violazione al diritto.

Il discorso, chiaramente, non è così lineare per un molteplice ordine di ragioni.

In primo luogo, uno stesso diritto è suscettibile di essere tutelato con variabili intensità, essendo variabili le forme di tutela sia al livello dei singoli Stati membri, sia nel raffronto tra gli ordinamenti nazionali e quelli europei, sicché non deve sottovalutarsi la possibilità che sorgano antinomie fra il diritto interno e sovranazionale, anche in ragione del fatto che, spesso, i sistemi nazionali di tutela

²³ A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. eur.*, 1/2014, p. 8.

²⁴ A. D'ALOIA, *Europa*, cit., p. 12; G. RAIMONDI, *La Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 nel quadro della protezione dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1887: la prima volta che la Corte di Giustizia citò la CEDU fu nel 1975, nella *Causa 36/75, CGUE, Roland Rutili c. Ministre de l'Interieur*, «dopo che, con la ratifica della Francia nel maggio del 1974, tutti i paesi comunitari erano divenuti membri della Convenzione».

²⁵ Si osserva, peraltro, che nel momento in cui tutti almeno dieci Stati contraenti ratificheranno il Protocollo 16 CEDU, i giudici interni di ultima istanza potranno godere di un nuovo strumento di rinvio pregiudiziale affine al quello previsto nell'ambito dell'Unione europea; E. SELVAGGI, *Il protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: anche alla Corte di Strasburgo potranno essere poste questioni pregiudiziali*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2311; A. GUAZZAROTTI, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'unione sempre più stretta*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 407.

dei diritti, in via del tutto autoreferenziale, per molti anni hanno avuto la tendenza a considerarsi autonomi ed autosufficienti²⁶.

In secondo luogo, il pluralismo giuridico fa sì che le fonti – positive e giurisprudenziali – si pongano in continuo «dialogo reciproco. Ciò determina che norme e istituzioni che appartengono a ordinamenti diversi coesistono, si intrecciano e interagiscono dinamicamente su uno stesso oggetto»²⁷, sicché se è vero che la tutela risponde ad una logica *multilevel*, è altrettanto vero che è onere dell'interprete conoscere i meccanismi di integrazione fra gli ordinamenti.

La complessità, se si vuole, risulta ulteriormente amplificata dal sistema *post* Lisbona che non solo ha definitivamente archiviato il sistema intergovernativo per la produzione normativa in materia penale che, di fatto, ruota attorno ai due poli della cooperazione giudiziaria e del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, ma ha anche elevato a diritto primario la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), attribuendole lo stesso valore giuridico dei trattati.

Ulteriore elemento di complessità sarà dato dalla futura (ed auspicabile) adesione dell'Unione europea alla CEDU, stabilita, in via programmatica, dall'art. 6 TUE, evenienza che rimodulerà ulteriormente le dinamiche di tutela dei diritti fondamentali²⁸.

In definitiva, si può affermare che è ben possibile elaborare una definizione onnicomprensiva del principio del *ne bis in idem* e che, anzi, proprio la tutela del diritto su più piani diversi permette di poter contare non solo una pluralità di autorità giurisdizionali a salvaguardia del principio, ma anche sulla possibilità che quelle stesse autorità possano estrapolare da fonti esterne argomenti per garantirne la tutela.

2. Il *ne bis in idem* nelle fonti interne; cenni al (negato) principio generale di diritto internazionale

²⁶ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 80.

²⁷ R. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1183.

²⁸ Come noto, a seguito del parere 2/13 del 18 dicembre 2014 della Corte di giustizia, le trattative hanno subito una brusca battuta di arresto. Cfr. A. DI STASI, *Garanzie "multilivello"*, cit., p. 42.

Sommariamente descritto il quadro all'interno del quale si deve orientare l'interprete, occorre ora iniziare a descrivere le fonti che trattano del principio.

Come si accennava e, soprattutto, come si avrà modo di approfondire più nel dettaglio, le norme interne che trattano del *ne bis in idem* sono relativamente limitate.

In primis, il codice di procedura penale dispone all'art. 649 che «L'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345», prevedendo, al secondo comma, che qualora venga nuovamente esercitata l'azione penale il giudice in ogni stato e grado del procedimento pronuncia sentenza di non doversi procedere.

Sempre nel codice di rito, vi è, poi, l'art. 669 che, in certi termini, costituisce la norma di chiusura della fase esecutiva, nel senso che essa interviene solamente quando il divieto sancito dall'art. 649 c.p.p. è stato violato, dettando una serie di regole volte a disciplinare quale sia la sentenza da eseguire quando più decisioni giudiziarie statuiscono sullo stesso fatto, in un'ottica prettamente di *favor rei*.

Sempre a livello di norme interne, un risvolto del *ne bis in idem* viene affrontato dall'art. 11 c.p., norma che esclude ogni rilevanza al giudicato estero nel caso di reato commesso nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 6 c.p.

Rinviando la trattazione del *ne bis in idem* internazionale alle pagine che seguiranno, per il momento ci si limiterà ad anticipare che l'art. 11 c.p., sul piano internazionale, stabilisce l'esatto opposto di quanto dispone l'art. 649 c.p.p., sul piano interno²⁹. La norma è certamente figlia di un altro secolo, in cui, per contingenze politiche ispirate a logiche strettamente autoritarie, lo Stato accentratore palesava una secca ritrosia a condividere lo *ius puniendi* con le autorità giurisdizionali straniere: se il reato veniva commesso nel territorio dello Stato, nessun dubbio che il processo dovesse essere celebrato davanti all'autorità giurisdizionale italiana.

²⁹ N. GALANTINI, *Il Principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 123.

Nei rapporti con gli altri Stati, dunque, si sacrifica il principio del *ne bis in idem* processuale senza, però, che sia intaccata la portata del *ne bis in idem* sostanziale, posto che l'art. 138 c.p. prevede – comunque – che la pena sofferta all'estero sia scomputata da quella eventualmente inflitta in Italia, non potendosi – comunque – ammettere una duplicazione di sanzioni per lo stesso fatto³⁰.

Le dinamiche dei rapporti fra Stati, tuttavia, sono radicalmente mutate. L'avvento dell'era costituzionale, poi, ha reso la disciplina prevista dall'art. 11 c.p. del tutto anacronistica non solo perché la modernità non può prescindere dalla libertà di circolazione, libertà che sarebbe messa in pericolo qualora il già giudicato in uno Stato dovesse temere la persecuzione in un altro Stato, ma anche perché la stessa Carta costituzionale, all'art. 10, impone all'ordinamento giuridico italiano di conformarsi alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

Ciononostante, tanto la Corte costituzionale quanto i giudici di legittimità hanno sempre negato che il *ne bis in idem* costituisca un principio generale di diritto internazionale, valorizzando il principio di territorialità sancito dagli artt. 6 e ss. del codice penale italiano³¹.

La rigidità della giurisprudenza ha da sempre incontrato significative critiche da parte della più attenta dottrina, che non ha mancato di evidenziare il paradosso consistente nel fatto che non solo il principio del *ne bis in idem*, pur non trovando spazio nella Carta costituzionale, è da essa tutelato³², ma anche in una sorda volontà di voler negare ciò che innumerevoli fonti di diritto internazionale,

³⁰ R. BARBERINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1790; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 516.

³¹ C. cost., 18 aprile 1967, n. 48, in *Giur. cost.*, 1967, p. 299; recentemente, Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2014, n. 29664, in *CED Cass. Pen.*, 2014.

³² N. GALANTINI, *Il Principio del «ne bis in idem»*, cit., pp. 122 – 123, per cui «è lecito dubitare del fatto che una disposizione finalizzata a favorire il rinnovamento, condizionato o incondizionato, del procedimento penale già definito all'estero con sentenza, possa realizzare quel concetto di giustizia a cui la norma costituzionale esattamente si richiama: non pare azzardato in effetti subiettare tale esigenza e collocare la sua realizzazione in rapporto a coloro che delle nazioni sono il fattore reale, e quindi ai cittadini. I diritti inviolabili dell'uomo, della cui tutela è costellata la nostra Costituzione (art. 2 Cost.), dovrebbero riferirsi, tra l'altro, anche alla posizione processuale del soggetto e trovare quindi assicurazione nello svolgimento di un procedimento penale che a tale fine, oltre ad essere munito di garanzie per il corretto manifestarsi della difesa, dovrebbe solo ed in primo luogo, *uno*».

positive e giurisprudenziali, ripetono da circa cinquant'anni³³: il processo deve essere uno.

3. Le fonti principali

Con una classificazione che corre il rischio di risolversi in una scelta arbitraria di chi scrive, ma che – quantomeno – auspica di avere il pregio di rispondere ad un'esigenza argomentativa, si ritiene di dividere le fonti che trattato del *ne bis in diem* fra principali e “collaterali”.

Le prime sono quelle che trattano il principio descrivendone la portata contenutistica e precettiva e sono inserite – principalmente ma non esclusivamente – in quei cataloghi di diritti fondamentali dell'uomo che – a partire dal secondo dopoguerra – hanno monopolizzato l'attività delle organizzazioni internazionali al fine di garantire la pace fra le nazioni.

Le seconde trattano il *ne bis in idem* sotto aspetti diversi dal contenuto di principio, limitandosi ad imporne la tutela nel disciplinare altri istituti, per lo più di cooperazione giudiziaria.

3.1. L'art. 14, comma 7, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966.

Nel 1977, con la legge del 25 ottobre, n. 881, per mezzo dello strumento pattizio, entra nell'ordinamento italiano una norma che regola il *ne bis in idem* con una collocazione nella gerarchia delle fonti al livello superiore alla legge ordinaria, *ergo* superiore all'art. 90 c.p.p. abr., subito sotto le norme costituzionali.

Si tratta della ratifica del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, a cui hanno aderito, al gennaio 2017, centosessantanove Stati.

³³ N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3484.

La norma di riferimento dell'articolato adottato a New York è quella di cui all'art. 14 che, per molti tratti, ripercorre l'art. 6 CEDU, in tema, ad esempio, di terzietà ed imparzialità del giudice, di diritto di difesa, di pubblicità dell'udienza, di garanzie, in poche parole, in tema di giusto processo. Giova peraltro precisarsi come, nella corsa alla redazione delle Carte dei diritti fondamentali dell'immediato dopoguerra, gli Stati europei siano arrivati alla firma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in tempi certamente più rapidi di quanto non si è verificato in seno alle Nazioni unite. Ciononostante, con riferimento alle norme in tema di equo processo, una *draft* del futuro art. 14 del Patto internazionale era già stata redatta seguendo, all'evidenza, la falsariga degli emendamenti alla Costituzione statunitense, sicché gli allora 12 Stati membri del Consiglio d'Europa ebbero gioco facile nel prendere ispirazione dalla suddetta bozza. Non può, del resto, ricondursi ad una semplice casualità l'impronta accusatoria sottesa alle due norme. Non è revocabile in dubbio, poi, il fatto che gli Stati Uniti d'America abbiano avuto un maggior peso politico-decisionale nella redazione newyorkese rispetto a quanto avrebbe potuto avere il Regno Unito (unico ordinamento, fra gli Stati europei, allora improntato al modello *adversary*) nella redazione romana.

L'art. 6 CEDU, tuttavia, si ispirò solo parzialmente al "futuro" art. 14 del Patto internazionale, posto che la norma non fa alcun riferimento alla *prohibition against double jeopardy*, tutela che a livello CEDU, come si avrà modo di specificare, sarà introdotta solo una trentina d'anni dopo.

Così, l'art. 14, comma 7, prevede che «No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country».

Non si teme smentita nell'affermare che la norma, contenuta in una convenzione internazionale ratificata e, dunque, nella gerarchia delle fonti a posizione intermedia fra legge formale e Costituzione, non ha particolarmente influenzato né il legislatore, né la giurisprudenza.

Del resto, in ottica prettamente garantista, l'art. 14, comma 7 del Patto nulla aggiunge alla disciplina interna.

Non appare suscettibile di rendere non operativa la disciplina di cui all'art. 11 c.p., posto che l'inciso «in accordance with the law and penal procedure of each

country» sembra infatti «chiaramente riferibile alla sola operazione ricostruttiva dei criteri in base ai quali una sentenza deve considerarsi definitiva, e non sembra dunque che ne possa scaturire una riserva per eccezioni al principio stesso del *ne bis in idem*»³⁴. Il Comitato dei diritti dell'uomo, del resto, ha avallato tale scelta ermeneutica³⁵, disattendendo le ragioni di un cittadino italiano già giudicato in Svizzera, ove eseguiva una pena di anni due di reclusione, e rigiudicato in Italia e condannato ad una pena di anni quattro di reclusione.

Inoltre, il riferimento all'espressione *an offence*, un reato, potrebbe implicare che un secondo giudizio non sarebbe vietato nel caso in cui venisse modificata la qualificazione giuridica, sicché, a ben vedere, l'espressa irrilevanza del grado, del titolo e delle circostanze, in termini di garanzia, appare preferibile.

3.2. L'art. 4, Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Strasburgo il 22 novembre 1984

La debolezza del Patto internazionale sui diritti civili e politici risiede, in buona sostanza, nell'assenza di strumenti di cogenza in caso di violazioni alle disposizioni previste dall'accordo internazionale. Lo strumento di censura appare abbastanza limitato: il Comitato di 18 membri ha la facoltà di condannare lo Stato membro, ma non è prevista nessuna autorità giurisdizionale alla quale possa direttamente rivolgersi chi si assuma danneggiato dalla violazione di un diritto.

Maggiore incidenza, dunque, è offerta alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che, per il tramite della sua Corte, gode di più immediate facoltà di censura della condotta di uno Stato aderente che non rispetti i diritti ivi sanciti, non solo condannando lo Stato a risarcire la parte

³⁴ M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 496. Analogamente, *Legal Digest of International Fair Trial Rights*, pubblicato da OSCE Office for Democratic and Human Rights (ODIHR), 2012, p. 199, per cui «Due to the particular wording of Article 14(7) and Article 4 of Protocol 7 to the ECHR, which refer to conviction or acquittal in accordance with the law and “penal procedure of each country” (ICCPR) or “criminal proceedings under the jurisdiction of the same State” (ECHR), the prohibition against double jeopardy cannot be relied on in cases involving the national jurisdictions of two or more States».

³⁵ G. SPANGHER, *Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 958.

danneggiata, ma obbligandolo a rimuovere quei meccanismi interni che diano luogo a violazioni simili.

Nella versione originale della Convenzione, non vi era alcun accenno al *ne bis in idem* che, dunque, sotto tale profilo, poteva generare, a partire dall'adozione nel 1966 del Patto di New York, «problemi in ordine alla coesistenza di due accordi internazionali aventi ad oggetto i diritti umani: vale a dire, il Patto medesimo e la Convenzione di Roma del 1950»³⁶.

Per tale motivo, la strada eletta dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, per il tramite di due raccomandazioni (racc. 683/1972 e racc. 791/1976), fu quella di estendere il catalogo dei diritti umani, perseguendo l'obiettivo di raggiungere «una sorta di “edizione riveduta e corretta”»³⁷, sul rilievo che il Consiglio d'Europa ha quale finalità «non seulement la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais aussi leur développement», raccomandando al Comitato di esperti chiamati a redigerne il testo «d'insérer dans la Convention le plus grand nombre possible de dispositions matérielles de Pacte relatif aux droit civils et potitiques»³⁸.

Proprio nell'ottica di superare le problematiche connesse all'interpretazione del *ne bis in idem*, l'art. 4, Prot. 7, CEDU limita espressamente la portata applicativa del divieto «au plan national», riferendosi alla giurisdizione “dello stesso Stato”, così palesando l'intenzione di «evitare qualsivoglia fraintendimento», tenuto anche conto dell'esigenza di eludere inutili duplicazioni, posto che il tema del *ne bis in idem* internazionale è disciplinato dall'art. 59 della Convenzione europea sul valore dei giudizi repressivi, adottata a L'Aia il 28 maggio 1970, e dall'art. 35 della Convenzione europea sul trasferimento delle procedure repressive, adottata a Strasburgo il 15 maggio 1972³⁹.

³⁶ M. R. MARCHETTI, L. 9/4/1990 n. 98 (G.U. 2/5/1990 n. 100 suppl.) – Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, concernenti l'estensione della lista dei diritti civili e politici, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, in Leg. pen., 1991, p. 224; P. PITTARO, Aperto alla firma il settimo protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1984, p. 1360.

³⁷ M. R. MARCHETTI, L. 9/4/1990 n. 98, cit., 225.

³⁸ Cfr. Rapport explicatif relatif au projet del Protocole n. 7 a la Convention de sauvegarde des droit de l'homme et des libertés fondamentales, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1984, p. 1367.

³⁹ M. R. MARCHETTI, Protocollo n. 7 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in Leg. pen., 1991, p. 249.

Il primo comma dell'art. 4, Prot. 7 prevede che nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato.

Nonostante la discutibile scelta terminologica di utilizzare la parola “reato” anziché quella di “fatto”, superato qualche dubbio circa la corretta accezione da attribuire a *an offence* ovvero *une infraction*⁴⁰, si è pervenuti ad una lettura che prescinde dalla qualificazione giuridica. Il richiamo effettuato dal *Rapport explicatif* alle citate convenzioni che regolano il principio sul piano internazionale, ermeneuticamente, legittima il raffronto con l'art. 1 dei suddetti accordi, ove il riferimento al fatto è palese: «il termine “infraction” comprende i fatti costituenti reato»⁴¹. La scelta, del resto, era tra *idem factum* e *idem legale*: il primo valorizza «i fatti materiali che costituiscono la condotta tenuta dal soggetto, ovvero quell'insieme di circostanze concrete inscindibilmente legate fra loro che compongono il fatto naturalisticamente inteso»; per il secondo ciò che rileva è la definizione offerta dal diritto nazionale, di talché «vi sarà *ne bis in idem* solo alla riapertura di un procedimento per la medesima fattispecie o per altro reato dall'identico contenuto ed a tutela dei medesimi valori»⁴².

A dir poco paradossale è l'antinomia concettuale fra l'ordinamento interno e quello CEDU: l'art. 649 c.p.p. si premura di cristallizzare l'irrelevanza del titolo, nonché del grado e delle circostanze e, ciononostante, la giurisprudenza italiana, a partire dai «discorsi confusi» degli anni trenta⁴³, fatica a rispettare un dato normativo apparentemente ineccepibile, mentre, per converso, l'art. 4, Prot. 7, CEDU e, in generale le fonti europee, «nelle quali non v'è traccia di riferimenti alla non incidenza del titolo del reato, sono applicate dalla Corte supranazionale come se il rinvio ci fosse»⁴⁴.

⁴⁰ Corte Edu, Grande Camera, *Zolotukhin c. Russia*, sentenza del 10.2.2009, ric. n. 14939/03, per cui «L'approche qui privilège la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne».

⁴¹ M. R. MARCHETTI, *Protocollo n. 7*, cit., p. 250.

⁴² S. ALLEGREZZA, *Art. 4, Protocollo n. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 900.

⁴³ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1201.

⁴⁴ N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1209.

Come sarà meglio precisato nel prosieguo, la Corte Edu, senza mutare l'orientamento espresso a partire dalla nota sentenza Engel⁴⁵, pronunciata diversi anni prima dell'approvazione del Prot. 7, aveva *ex ante* già smentito – o quantomeno ridimensionato – lo stesso *Rapport explicatif* che limita al solo processo penale l'applicazione del principio del *ne bis in idem*: «Il n'empêche donc que cette personne fasse, pour le même acte, l'objet de poursuites pénales et d'un caractère différent (par exemple d'une procédure disciplinaire, dans le cas d'un fonctionnaire)»⁴⁶.

Dalla citata sentenza, la Corte Edu, infatti, si è appropriata del diritto di valutare la natura di qualsivoglia procedimento, di talché, onde evitare le c.d. “truffe delle etichette”, anche procedimenti che non hanno la rubrica di “penale”, possono comunque averne la natura e, dunque, essere assoggettati all'applicazione del divieto di *bis in idem*.

Il comma 2 dell'art. 4, Prot. 7, CEDU prevede una serie di eccezioni al principio in forza delle quali il processo è suscettibile di essere riaperto, «conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta».

Come confermato dal *Rapport explicatif*⁴⁷, la riapertura non è limitata ai casi di ridiscussione delle sentenze di condanna, risultando, in presenza di fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni, reiterabili anche i procedimenti terminati con formule assolutorie. Benché l'indeterminatezza delle nozioni dei *nova paventi* tutt'altro che trascurabili rischi di abusi⁴⁸, si registra comunque la stabilità della giurisprudenza della Corte Edu nell'evitare interpretazioni in *contra reum*.

A sottolineare, infine, la portata del *ne bis in idem* quale diritto fondamentale ed indisponibile della persona, vi è il comma 3 della norma in esame, che sancisce l'inderogabilità del principio, anche ai sensi dell'art. 15 CEDU che prevede che in

⁴⁵ Corte Edu, Adunanza Plenaria, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8.6.1976, ric. n. 5100/71, 5101/7, 5102/71, 5354/72 e 5370/72; a più riprese, con specifico riferimento all'applicazione dell'art. 4, Prot. 7, *ex multis*, Corte Edu, seconda sezione, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4.3.2014, ric. n. 18640/10, 18467/10, 18663/10, 18668/10 e 19698/10.

⁴⁶ *Rapport explicatif*, cit., p. 1374.

⁴⁷ Cfr. *Rapport explicatif*, cit., p. 1374, per cui la riapertura può avvenire «en faveur du condamné ni tout autre changement du jugement au profit du condamné».

⁴⁸ S. ALLEGREZZA, *Art. 4, Protocollo n. 7*, cit., p. 905.

caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione le parti contraenti possono sospendere i diritti contenuti nella Convenzione.

3.3. L'art. 54 CAAS e il *ne bis in idem* internazionale

Le due fonti sino ad ora esaminate trattano il principio da una prospettiva interna, essendosi escluso, per il Patto internazionale in via interpretativa e per la Convenzione europea per espressa previsione di legge, che allo stesso, tramite tali fonti, possa conferirsi una valenza interstatale: per tali fonti, il giudicato estero non importa l'abdicazione del potere giurisdizionale interno.

Come accennato, le giurisprudenze nazionali si sono mostrate sempre molto refrattarie a riconoscere al *ne bis in idem* valore di principio di diritto generalmente riconosciuto. Non può tuttavia non registrarsi il fatto che, ormai, anche al netto di recentissime anacronistiche prese di posizione da parte della giurisprudenza di legittimità⁴⁹, se non generalmente, quantomeno positivamente, il principio è espressamente previsto da una moltitudine di strumenti pattizi, anche se la ricezione sul piano interno è apparsa sempre molto deficitaria⁵⁰. Tale reiterata positivizzazione ha permesso di criticare con maggior vigore le posizioni di chiusura al riconoscimento del *ne bis in idem* quale principio generalmente riconosciuto⁵¹.

⁴⁹ Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2016, n. 3315, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2833, per cui «In caso di reato commesso nel territorio nazionale da un cittadino appartenente ad uno Stato con cui non vigono accordi idonei a derogare alla disciplina di cui all'art. 11 c.p., il processo celebrato in quello Stato non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per i medesimi fatti, non essendo quello del *ne bis in idem* principio generale del diritto internazionale, come tale applicabile nell'ordinamento interno. (Fattispecie relativa ad imputato cittadino albanese, in cui la Corte ha confermato la sentenza che aveva escluso l'applicabilità del principio del *ne bis in idem*, non avendo la l. 4 giugno 2011, n. 97, di ratifica dell'Accordo fra l'Italia e l'Albania in materia di assistenza giudiziaria, codificato il principio del "*ne bis in idem*" sostanziale)».

⁵⁰ N. GALANTINI, *Una nuova dimensione*, cit., p. 3475, per cui «La convenzione sulla validità internazionale dei giudicati penali del 1970 e la Convenzione sul trasferimento delle procedure del 1972, non hanno infatti ottenuto una adeguata recezione sul piano interno, forse a causa della innovatività dei loro contenuti rispetto ai tempi di adozione».

⁵¹ L. LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 66, per cui «La capillare diffusione di testi pattizi diretti a riconoscere apertamente il divieto di un nuovo processo, per fatti già giudicati all'estero, non soltanto prospetta una efficace diffusione nel panorama mondiale del *ne bis in idem*, ma si tramuta in una sorta di elemento di corroborazione a favore di quelle ricordate visioni teoriche secondo le

D'altro canto, il rilievo pratico del *ne bis in idem* internazionale appare certamente lievitato se si considera una variegata serie di considerazioni: la facilità di spostamento e di circolazione delle persone, la transnazionalità dei mercati e finanche delle relazioni personali, l'emergere sempre più prepotente di organizzazioni criminali radicate in diversi paesi⁵².

Il divieto di un secondo giudizio nei rapporti fra Stati deve misurarsi con problematiche solo apparentemente analoghe con quelle inerenti il *ne bis in idem* nella dimensione interna. Il principale elemento che accomuna entrambi gli istituti risiede nel fatto che – comunque – in gioco vi è la legittima aspettativa della persona a non essere giudicato più di una volta per lo stesso fatto. Più complesse le ragioni di contorno.

Il *ne bis in idem* sul piano interno risponde, infatti, a diverse finalità riconducibili, oltre alla certezza del diritto in senso soggettivo, a tematiche proprie degli ordinamenti nazionali: evitare contrasti fra giudicati, efficienza economica della macchina giudiziaria, pretesa stabilità delle decisioni giurisdizionali. Il principio, dunque, in quanto interno, non si scontra con pretese punitive ultronee alla giurisdizione nazionale.

Il *ne bis in idem* internazionale, per contro, assolve la duplice funzione di strumento di garanzia individuale contro la concorrenza di molteplici giurisdizioni nazionali su di un medesimo fatto, con il concreto rischio che ciò si risolva in «un ingiustificato accanimento punitivo nei confronti del singolo», nonché di «criterio di risoluzione *ex post* dei conflitti positivi di giurisdizione tra gli Stati»⁵³.

quali detto canone costituirebbe oramai un principio di diritto generalmente riconosciuto a livello consuetudinario e non già un principio solo “tendenziale” non ancora metabolizzato dalla comunità internazionale. Del resto, se è pur vero che la consuetudine è fonte primaria spontanea di diritto internazionale, è incontrovertibile che l'accordo, fonte secondaria, trae quasi sempre la sua forza proprio dalla *consuetudo*».

⁵² N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia UE*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1377.

⁵³ R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1122.

Se si escludono strumenti pattizi troppo innovativi «rispetto ai tempi di adozione»⁵⁴ e talune fonti *soft law*⁵⁵, la prima fonte⁵⁶ e principale riferimento per il giurista europeo in tema di *ne bis in idem* internazionale è costituita dall'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS), adottata a Schengen il 19 giugno 1990, resa esecutiva con l. 30 settembre 1993, n. 388, entrata in vigore, per l'Italia, il 26 ottobre 1997. La CAAS, indubbiamente, rappresenta il «massimo tentativo di proclamare il principio in un'area assai estesa, considerato che alla disposizione sono vincolati non soltanto i membri dell'Unione, ma anche Stati come Islanda, Norvegia, Svizzera e Liechtenstein»⁵⁷.

Finalità espressa della CAAS altra non era che dare attuazione all'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo alla graduale soppressione dei controlli alle frontiere comuni, in un'ottica di massima libertà di circolazione delle persone e delle merci⁵⁸.

Se tale era la finalità, non poteva mancare l'affermazione del principio che ci occupa, «poiché il passaggio da uno Stato all'altro avrebbe al contempo

⁵⁴ N. GALANTINI, *Una nuova dimensione*, cit., p. 3475. Il riferimento è alle già citate Convenzioni sulla validità internazionale dei giudicati penali del 1970 e sul trasferimento delle procedure del 1972. Cfr. Cass. pen., sez. I, 21 marzo 1988, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1859, con nota di A. FERRARO, *Brevi note sul ne bis in idem internazionale*.

⁵⁵ In particolare, Parlamento europeo, Risoluzione sull'applicazione nella Comunità del principio *ne bis in idem* in materia penale, del 16 marzo 1984, in *G.U.U.E.*, 14 aprile 1984, c. 104, nella quale il Parlamento «sottolinea, in ossequio alle libertà contemplate dal trattato CEE, segnatamente in materia di libera circolazione delle persone, che il mantenimento di norme non conformi al principio del “*non bis in idem*” appare in contrasto con la realizzazione di uno spazio economico uniforme»; Parlamento europeo, Risoluzione sulla dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali del 12 aprile 1989, in *G.U.U.E.*, 16 maggio 1989, c. 120, per cui nel testo viene espressamente positivizzato il riferimento al *ne bis in idem* (art. 20) e al considerando i) torna l'esigenza di tutela del mercato unico il cui completamento «previsto per il 1993 rende più urgente l'adozione di una dichiarazione dei diritti e delle libertà garantiti nell'ambito del diritto comunitario e da tale diritto stesso».

⁵⁶ Atto normativo in realtà preceduto dalla Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del *ne bis in idem*, adottata a Bruxelles il 25 maggio 1987, resa esecutiva con l. 16 ottobre 1989, n. 350 ed entrata in vigore per l'Italia il 15 gennaio 1990, per cui all'art. 1: «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato di condanna, non possa più essere eseguita».

⁵⁷ L. LUPARIA, *La litispendenza internazionale*, cit., p. 63.

⁵⁸ L'Accordo veniva concluso, nell'ambito di una procedura strettamente intergovernativa, quindi al di fuori del quadro istituzionale comunitario, fra Francia, Belgio, Lussemburgo, Germania e Paesi Bassi. Sul punto, A. WEYEMBERGH, *La cooperazione giudiziaria e di polizia*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 176.

comportato il rischio di subire un nuovo procedimento ed una nuova sanzione per fatti per i quali già si era subito un primo processo»⁵⁹.

L'art. 54 CAAS espressamente introduce il principio del *ne bis in idem* nei rapporti fra Stati, prevedendo: «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della Parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita».

Si tratta, a ben guardare, della «prima convenzione multilaterale che stabilisca un principio transnazionale di *ne bis in idem* quale diritto individuale *erga omnes* da applicarsi entro lo spazio Schengen»⁶⁰.

Emerge immediatamente che, rispetto a quanto avviene di regola per le previsioni normative che regolano il *ne bis in idem* interno, come ad esempio l'art. 4, Prot. 7, CEDU o l'art. 50 della Carta di Nizza (invero valevole, come si vedrà, per entrambi), la disposizione distingue tra sentenza di proscioglimento e sentenza di condanna, subordinando in quest'ultimo caso l'operatività del principio all'avvenuta esecuzione ovvero alla contemporanea esecuzione ovvero, ancora, all'impossibilità di esecuzione⁶¹.

Evidentemente, questa condizione applicativa di efficacia del *ne bis in idem* internazionale risponde alla finalità di non frustrare le legittime esigenze repressive di uno Stato che, già vistosi bruciato lo *ius puniendi* da altro Stato che abbia agito per primo, si trovi costretto ad accettare un'ingiustificata impunità del reo perché, ad esempio, il già giudicato all'estero non subirà la sentenza per essere evaso o per altra causa⁶².

⁵⁹ N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale*, cit., p. 1381.

⁶⁰ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 47.

⁶¹ P.P. PAULESU, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 469.

⁶² N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem»*, cit., p. 17.

Del resto, «l'interesse all'effettività della reazione punitiva»⁶³ di ciascuna parte contraente appare riconducibile alla logica sottesa al § 1 dell'art. 55 CAAS⁶⁴, che prevede che gli Stati, all'atto di ratifica, possano formulare delle riserve, limitando l'operatività del principio a determinate condizioni, «nell'ottica di riaffermare il principio di territorialità», di «tutela di interessi essenziali dello Stato», di «perseguire direttamente i propri pubblici ufficiali che abbiano violato i doveri d'ufficio». Tali riserve furono avanzate dall'Italia nell'art. 7, l. 30 settembre 1993, n. 388.

3.4. L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Nata come pur rilevante strumento di *soft law* nella misura in cui aveva ispirato la giurisprudenza comunitaria⁶⁵, la Carta di Nizza⁶⁶ compie il decisivo

⁶³ C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3890.

⁶⁴ Art. 55 CAAS: «1. Una Parte contraente può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione dichiarare di non essere vincolata dall'articolo 54 in uno o più dei seguenti casi:

a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte. In quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata;

b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente;

c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio.

2. Una Parte contraente che effettua una dichiarazione in relazione all'eccezione menzionata al paragrafo 1, lettera b) preciserà le categorie di reati per le quali tale eccezione può essere applicata.

3. Una Parte contraente potrà in ogni tempo, ritirare la dichiarazione relativamente ad una o più delle eccezioni di cui al paragrafo 1.

4. Le eccezioni che sono state oggetto di una dichiarazione ai sensi del paragrafo 1 non si applicano quando la Parte contraente di cui si tratta ha, per gli stessi fatti, richiesto l'instaurazione del procedimento penale all'altra Parte contraente o concesso estradizione della persona in questione».

⁶⁵ R. KOSTORIS, *Manuale*, cit., p. 82; G. RAIMONDI, *La Carta di Nizza*, cit., p. 1886, per cui «va allo stato attuale inquadrata tra quegli atti internazionali dichiarativi, privi di valore vincolante, che hanno sostanzialmente natura di raccomandazione e che vanno comunemente sotto la denominazione di *soft law*».

⁶⁶ Proclamata durante il Consiglio europeo di Nizza del 7 dicembre 2000, approvata a Biarritz il 14 ottobre 2000, si inseriva, se non quale preambolo di una futura costituzione – ipotesi smentita perlomeno per *facta concludentia* alla luce della sorte toccata al relativo progetto – quantomeno quale *incipit* di un futuro di appartenenza ad un *demos* europeo. Cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 199; M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, p. 1009; sulla “collocazione costituzionale” della Carta di Nizza, L. DANIELE,

passo verso un'assoluta rilevanza nel sistema *multilevel* di tutela dei diritti fondamentali solamente con il Trattato di Lisbona che attribuisce al catalogo dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei Trattati. Con Lisbona si compie un percorso, durato diversi decenni, finalizzato a dotare l'Unione europea di un catalogo di diritti fondamentali il cui controllo, al pari del sistema CEDU, è, più o meno direttamente, rimesso all'organo giurisdizionale dell'Unione stessa.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, seguendo almeno in parte il *modus operandi* dei sistemi costituzionali degli Stati membri, pur nella consapevolezza dell'inadeguatezza dell'affiancamento concettuale operato, dedica un intero capitolo ai diritti fondamentali in tema di giustizia, fra i quali, per quanto rileva in questa sede, l'art. 50, dedicato al principio del *ne bis in idem*.

La formulazione, fra le norme sino ad ora trattate, è apparentemente quella che riconosce maggiore latitudine all'applicazione del divieto di un secondo giudizio, posto che dalla disposizione emerge la duplice portata, interna e internazionale nell'ambito dell'Unione, e l'assenza di condizioni di esecuzione: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

In realtà, il settimo capitolo della CDFUE prevede, all'art. 51, fra le disposizioni generali, in linea con quanto statuito dall'art. 6 TUE, una significativa limitazione del campo di applicazione nell'ottica di salvaguardia del principio di attribuzione, «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», precisando, inoltre, che la Carta «non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». In buona sostanza, il catalogo dei diritti della Carta è utilizzabile dal giudice nazionale e, *ça va sans dire*, dal giudice di Bruxelles, solo quando la «fattispecie sottoposta [al suo] esame [...] è disciplinata dal diritto europeo, e ciò avviene quando tale situazione normativa inerisce ad atti dell'Unione, ovvero ad atti o comportamenti di istituzioni nazionali che danno attuazione al diritto UE, o basati su giustificazioni addotte per legittimare una misura nazionale altrimenti

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 656 ss.

incompatibile con il diritto UE»⁶⁷. Se non può dubitarsi del fatto che l'art. 51 della Carta di Nizza rappresenti, in certa misura, espressione della «preoccupazione degli Stati di mantenere i loro spazi di sovranità, specie a fronte della costruzione di una carta di “*tono costituzionale europeo*”»⁶⁸, parimenti non può non segnalarsi una certa tendenza da parte della Corte di Giustizia ad attrarre competenze che, apparentemente, non le apparterrebbero⁶⁹.

Nell'ottica di tutela *multilevel* dei diritti fondamentali, assume estrema rilevanza il principio di equivalenza di cui all'art. 51, comma 3, CDFUE: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

È di tutta evidenza che laddove le trattative di adesione dell'Unione alla CEDU dovessero portare ad un esito differente, il sistema *multilevel* potrà subire una deviazione verso un ritorno, comunque distante dalle tradizioni costituzionali continentali, ad un'impronta piramidale.

3.5. Il mandato di arresto europeo quale fonte del *ne bis in idem* estradizionale

Si ritiene di collocare il mandato di arresto europeo fra le fonti principali del *ne bis in idem* estradizionale in ragione dell'importanza simbolica che rappresenta lo strumento diretto ad archiviare le tradizionali modalità di consegna delle persone *in vinculis*⁷⁰. Si tratta, infatti, del primo grande esperimento diretto ad innalzare a

⁶⁷ A. D'ALOIA, *Europa*, cit., p. 29.

⁶⁸ R. KOSTORIS, *Manuale*, cit., p. 83.

⁶⁹ A. D'ALOIA, *Europa*, cit., p. 30, per cui «Quando poi la Corte di Giustizia, dalla sentenza ERT in avanti, ha incluso nel concetto di attuazione del diritto dell'UE anche il caso in cui uno Stato membro invoca le disposizioni del Trattato per giustificare una normativa che frapponesse ostacoli alla libera prestazione di servizi, i confini di questo criterio si sono ulteriormente allargati».

⁷⁰ M. CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato di arresto europeo*, Utet, Milano, 2013, p. 187. Scopo della decisione quadro era proprio quello di «sopprimere», nelle relazioni tra gli Stati membri dell'Unione europea, l'istituto dell'estradizione, sostituendolo «con un sistema di

livello comunitario il principio del mutuo riconoscimento⁷¹, ricoprendo, di fatto, la funzione di apripista e, in tal modo, offrendo lo schema per tutte le successive decisioni quadro in tema di cooperazione giudiziaria.

Il principio del mutuo riconoscimento ha il principale pregio di imporre il superamento del vaglio politico nelle procedure della vecchia disciplina dell'extradizione e, comunque, dei rapporti con le autorità straniere, nell'ottica di un graduale abbandono del metodo intergovernativo a favore di un sistema che tende a privilegiare i rapporti diretti fra le autorità giurisdizionali, relegando a funzioni meramente amministrative gli organi esecutivi.

Seguendo una dinamica che, come già osservato, sovente si ripete nell'evoluzione del diritto dell'Unione europea, prima contenuto in fonti *soft law*⁷², il principio vede la sua consacrazione con l'art. 82.1 TFUE a norma del quale «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie».

Come noto, il presupposto del principio del mutuo riconoscimento è dato dalla fiducia reciproca che dovrebbe, appunto, costituire la base per la cooperazione giudiziaria⁷³.

Non si tratta, tuttavia, di una fiducia incondizionata posto che, per quanto le legislazioni in materia penale dovrebbero tendere, per espressa previsione legislativa, a riavvicinarsi e si dovrebbe presumere un buon grado di tutela dei diritti fondamentali negli Stati membri, ogni ordinamento giuridico presenta peculiarità tali per cui l'esecuzione di un ordine di uno Stato richiedente potrebbe pregiudicare sia una stessa prerogativa, ritenuta irrinunciabile, dello Stato richiesto, sia un diritto fondamentale dell'individuo sul quale direttamente o indirettamente incide la richiesta estera⁷⁴.

consegna tra autorità giudiziarie», alla stregua dell'obiettivo dell'Unione di «divenire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

⁷¹ D. CURTOTTI, *Le procedure di consegna della persona: il mandato di arresto europeo*, in G. SPANGHER – A. MARANDOLA – L. KALB (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Utet, Milano, 2015, p. 977.

⁷² Con il Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998 viene affermata, per la prima volta, l'idea di allargare il principio del mutuo riconoscimento alla materia penale, proposta ribadita durante il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

⁷³ J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 320.

⁷⁴ D. CURTOTTI, *Le procedure di consegna*, cit., p. 980.

Proprio in tale ottica, la decisione quadro 2002/584/GAI prevede all'art. 3, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 54 CAAS, quale obbligatorio motivo di rifiuto, il caso in cui «se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna», mentre quale motivo facoltativo di rifiuto, all'art. 4, numeri 2 e 5, i casi della litispendenza, nell'ipotesi in cui, cioè, per i medesimi fatti sia in corso un procedimento nello Stato di esecuzione, e del giudicato di un paese terzo⁷⁵.

Si esprime in termini solo parzialmente analoghi la normativa di recepimento, disciplinando i motivi di rifiuto all'art. 18, lett. m), l. 22 aprile 2005, n. 69.

Viene recepito il motivo obbligatorio di rifiuto alla consegna nel caso di *ne bis in idem* internazionale per un giudicato caduto sui medesimi fatti nel paese di esecuzione: «se risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza irrevocabile per gli stessi fatti da uno degli Stati membri dell'Unione europea purché, in caso di condanna, la pena sia stata già eseguita ovvero sia in corso di esecuzione, ovvero non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro che ha emesso la condanna».

Viene trasformato in motivo obbligatorio di rifiuto⁷⁶ quello attinente la litispendenza, mentre nessun seguito viene dato alla facoltà di «rifiutare l'esecuzione del mandato per il caso in cui risulti l'esistenza di una sentenza emessa da uno Stato terzo»⁷⁷.

⁷⁵ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 43.

⁷⁶ In realtà, l'Italia, legittimamente, ha operato una prudente scelta di trasformare in obbligatori tutti i motivi di rifiuto, cfr. D. CURTOTTI, *Le procedure di consegna*, cit., p. 1030; G. GALANTINI, *L'adattamento del mandato di arresto europeo nella legge attuativa della decisione quadro*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4089.

⁷⁷ M. CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione*, cit., p. 232. G. GALANTINI, *L'adattamento*, cit., p. 4090.

4. Fonti collaterali

Come anticipato, si è scelto questo tipo di classificazione per un motivo meramente argomentativo. Si vuole intendere con l'espressione "collaterale" quella tipologia di fonti giuridiche che, appunto collateralmente, offrono spunti normativi ed interpretativi utili a circoscrivere il principio del *ne bis in idem*. Si tratta, dunque, di fonti che non disciplinano direttamente la materia, ma normano altri istituti propri della cooperazione giudiziaria in materia penale, la cui operatività non può prescindere dalla necessità di evitare che una persona venga perseguita per più di una volta in relazione allo stesso fatto.

4.1. L'art. 11, par. 1, lett. d), Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, in tema di ordine europeo di indagine penale e normativa di recepimento nell'art. 10, comma 1, lett. d), D.Lvo 21 giugno 2017, n. 108

Il 21 giugno 2017 il Governo italiano, circa un mese oltre la *deadline*, posto che l'art. 34 della Direttiva 2014/41/UE⁷⁸ imponeva il recepimento entro il 22 maggio 2017, ha dato attuazione all'istituzione dell'ordine europeo di indagine penale⁷⁹.

Al pari del mandato di arresto europeo, l'ordine europeo di indagine penale si muove nell'ottica di sottrarre, «in modo definitivo e pressoché completo, il delicato tema della ricerca e acquisizione della prova penale ai tradizionali strumenti di mutua assistenza»⁸⁰.

L'ordine europeo di indagine penale (OEI) «è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo "Stato di emissione") per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato

⁷⁸ R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288.

⁷⁹ L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4196; M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. Lgs. N. 108 del 2017*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 7/8, p. 208.

⁸⁰ L. CAMALDO, F. QUERCIA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3512.

membro (lo “Stato di esecuzione”) ai fini di acquisire prove» nello spazio giudiziario dell’Unione, ad eccezione di Danimarca ed Irlanda che non hanno aderito alla Direttiva.

Gli atti di indagini richiedibili in forza dell’OEI possono essere i più vari, con variabili gradi di afflittività: da procedure finalizzate a conseguire risultati ablativi dei beni dell’indagato o imputato, a prelievi di campioni biologici fino ad intercettazioni di comunicazioni.

La direttiva, per tale motivo, riconosce allo Stato di esecuzione la possibilità, in determinate ipotesi, di rifiutare l’OEI. Fra tali ipotesi, per quel che rileva in questa sede, vi è il caso in cui «l’esecuzione dell’OEI sia contraria al principio del *ne bis in idem*».

L’esigenza è anche espressa dal *considerando* 17 della Direttiva che si premura, appunto, di salvaguardare il principio precisando, tuttavia, che l’esecuzione dell’OEI «non dovrebbe essere rifiutata se è intesa a stabilire la sussistenza di un eventuale conflitto con il principio del *ne bis in idem* o se l’autorità di emissione ha garantito che le prove trasferite a seguito dell’esecuzione dell’OEI non saranno usate per perseguire penalmente o sanzionare una persona il cui processo si è definitivamente concluso in un altro Stato membro sulla base degli stessi fatti».

I dati offerti dal legislatore europeo, in punto tutela del diritto a non essere perseguito più di una volta per il medesimo fatto, appaiono assai scarni e, vista la giovane età della normativa, non si registrano, ad oggi, aiuti ermeneutici da parte della giurisprudenza.

In buona sostanza, la norma a contenuto precettivo (l’art. 11, § 1, lett. d)) si limita ad introdurre un generico motivo di rifiuto obbligatorio nei casi di contrarietà al *ne bis in idem*, mentre il *considerando* parrebbe, da una parte, introdurre una sorta di clausola di maggior tutela al principio finalizzata a far emergere una violazione del diritto e, dall’altra, ad assicurare – comunque – l’esecuzione dell’OEI nel caso in cui l’autorità di emissione garantisca sulla inoffensività o non pregiudizialità delle prove trasmesse, qualora – effettivamente – sussista un rischio di *bis in idem*.

Tale ultimo profilo appare suscettibile di sollevare alcune perplessità, faticando ad immaginare come possano essere vagliate le assicurazioni dello Stato di emissione da parte dello Stato di esecuzione, posto che si imporrebbe una valutazione che, in certa misura, tradisce lo spirito della disciplina.

Se, infatti, la normativa *de qua*, pur privilegiando la scelta dell'autorità di emissione nello stabilire «modalità di ricerca e acquisizione della prova»⁸¹, concede all'autorità di esecuzione ampie possibilità di effettuare un atto di indagine diverso al fine del conseguimento dello stesso risultato investigativo⁸² e che, in ogni caso, indipendentemente dall'atto da compiersi, non potrà mai prescindere dall'applicazione di norme minime dell'ordinamento di esecuzione⁸³, ciò significa che gli strumenti giuridici che utilizza l'autorità di esecuzione sono, di fatto, quelli nazionali. Di talché sfugge come possa imporsi all'autorità di esecuzione di vagliare concetti processuali esteri, quali i canoni di utilizzabilità delle prove trasmesse per effetto dell'OEI, obbligando in tal modo l'autorità a misurarsi con norme di un ordinamento giuridico estero che, peraltro, non essendo né il proprio, né quello europeo, non ha l'obbligo di conoscere.

La normativa italiana di recepimento si limita prevedere all'art. 10, lett. d), fra i motivi di rifiuto, il caso in cui «dalle informazioni trasmesse risulta la violazione del divieto di sottoporre una persona, già definitivamente giudicata, ad un nuovo processo per i medesimi fatti».

Nessun cenno, invece, è stato effettuato ai contenuti del *considerando* 17. Non può tuttavia escludersi che, in via interpretativa, possa essere concessa l'esecuzione di un OEI anche nel caso in cui possa paventarsi un rischio di *bis in idem*, previa assicurazione sulla non strumentalità dell'acquisizione probatoria a processare nuovamente una persona sullo stesso fatto.

⁸¹ L. CAMALDO, F. QUERCIA, *La direttiva*, cit., p. 3517.

⁸² Qualora la normativa dello stato richiesto non disciplini l'espletamento dell'atto di indagini o comunque non ne ricorrano i presupposti, l'autorità giudiziaria richiesta può rifiutare il compimento dell'atto ovvero adempiere all'OEI ricorrendo ad un atto alternativo; L. CAMALDO, *La normativa di attuazione*, cit. p. 4203.

⁸³ Esemplificando, non potrà mai procedersi ad un interrogatorio in Italia, su richiesta di un'autorità estera, senza la previa lettura degli avvisi di cui all'art. 64 c.p.p., atteso che, peraltro, l'art. 1 del D.Lvo n. 108/17, prevede, in ogni caso, il rispetto «dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo».

4.2. L'art. 10, par. 1, lett. g), Direttiva 2011/99/UE del 13 dicembre 2011, in tema di ordine europeo di protezione e normativa interna di recepimento nell'art. 9, comma 2, lett. b), D.Lvo 11 febbraio 2015, n. 9

La direttiva 2011/99/UE si pone la dichiarata finalità di evitare che «l'esercizio legittimo del diritto dei cittadini dell'Unione di circolare e risiedere liberamente nel territorio degli Stati membri in conformità dell'articolo 3, paragrafo 2, del trattato sull'Unione europea (TUE) e dell'articolo 21 TFUE non si traduca in una perdita di protezione»⁸⁴.

L'ordine europeo di protezione⁸⁵ (OPE) è una decisione giudiziaria avente ad oggetto una misura di protezione emessa in uno Stato membro in grado di spiegare effetti nello spazio giuridico europeo, consistenti nell'adozione da parte di un altro Stato membro di una analoga misura di protezione «in base al suo diritto nazionale per la salvaguardia della vita, dell'integrità fisica e psichica, della libertà o dell'integrità sessuale di una persona»⁸⁶.

La direttiva segue, come di consueto, lo schema tipico degli strumenti del mutuo riconoscimento, nella peculiare sfaccettatura consistente «nell'ampliare, “oltre i confini” nazionali, la portata operativa delle misure cautelari previste a salvaguardia di una persona, destinataria (o anche soltanto potenzialmente destinataria) di svariati comportamenti criminosi, garantendo che la protezione fornita dalla legge di uno Stato membro (c.d. Stato di emissione) sia estesa ad un altro Stato membro (c.d. Stato di esecuzione), dove tale soggetto decida di risiedere o soggiornare».⁸⁷

Per quel che rileva in questa sede, al *considerando* 28, si prevede «[a] fine di assicurare la corretta applicazione della presente direttiva in ogni caso specifico,

⁸⁴ Direttiva 2011/99/UE del 13 dicembre 2011, *considerando* 17.

⁸⁵ Per una puntuale analisi della direttiva e della normativa di recepimento, cfr. F. RUGGIERI, *Ordine di protezione europeo e legislazione italiana di attuazione: un'analisi e qualche perplessità*, in *Proc. pen. giust.*, 5/2015, p. 99; M. TROGLIA, *L'ordine di protezione europeo dalla direttiva alla recente legislazione italiana di recepimento: alcune riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2455.

⁸⁶ M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 926.

⁸⁷ L. CAMALDO, *L'ordine di protezione europeo e la tutela delle vittime di reati oltre i confini nazionali (d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9)*, in F. RUGGIERI, (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Estratto, Giappichelli, Torino, 2017, p. 73.

le autorità competenti dello Stato di emissione e dello Stato di esecuzione dovrebbero esercitare le rispettive competenze conformemente alle disposizioni della presente direttiva, tenendo conto del principio del *ne bis in idem*».

Fra i motivi facoltativi di rifiuto, l'art. 10, lett. g), prevede l'ipotesi in cui «il riconoscimento dell'ordine di protezione europeo sarebbe in contrasto con il principio del *ne bis in idem*».

Nella normativa di attuazione il motivo di rifiuto concernente il contrasto al *ne bis in idem* viene opportunamente trasformato, all'art. 11 lett. d), in obbligatorio⁸⁸, prescrivendosi che la corte di appello non riconosca l'ordine quando «la persona è stata giudicata in via definitiva per gli stessi fatti da uno degli Stati membri dell'Unione europea purché, in caso di condanna, la pena sia stata già eseguita ovvero sia in corso di esecuzione, ovvero non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato che ha emesso la condanna».

In senso lato riconnettibili al principio del *ne bis in idem*, poi, appaiono altresì i motivi di cui alle lettere f) ed i): la prima riguarda il caso in cui per gli stessi fatti sia stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere, salvo che non ricorrano i presupposti per la revoca di cui all'art. 434 c.p.p.; la seconda inerisce l'ipotesi in cui il reato presupposto in base alla legge italiana sia da considerarsi commesso «per intero o in parte all'interno del territorio dello Stato o in altro luogo a questo equiparato».

A ben vedere, infatti, il caso della sentenza di non luogo a procedere richiama la questione dell'effetto preclusivo delle pronunce non suscettibili di passare in giudicato, effetto che, come si avrà modo di precisare più analiticamente, è ormai accolto dalla giurisprudenza. Tale previsione, dunque, parrebbe conferire maggior tutela al principio del *ne bis in idem*.

Per contro, l'ipotesi prevista dalla lett. i) sembrerebbe essere orientata in direzione diversa. Negare il riconoscimento dell'OPE nel caso in cui si ritenga possa essere affermata la giurisdizione italiana, infatti, può apparire espressione della ritrosia del legislatore a concorrere con un altro Stato nella repressione dei reati che si assumono commessi nel territorio nazionale.

⁸⁸ Del resto, nella normativa di recepimento tutti i casi di rifiuto sono obbligatori.

Occorre quindi domandarsi se, data la medesimezza del fatto, la questione non possa essere risolta alla luce della normativa in tema di litispendenza disciplinata dalla decisione quadro 2009/948/GAI, attivando, quindi, le procedure di consultazione ivi previste.

Ciò osservato, non è infrequente che le ragioni di tutela della vittima, intesa in un'accezione europea⁸⁹, confligga con il diritto fondamentale del *ne bis in idem*⁹⁰, aprendo di fatto la strada ad un conflitto che appare insanabile: da una parte, le legittime aspettative della persona offesa dal reato, in generale, a cercare una soddisfazione per il connesso danno subito e, nel particolare caso dell'OPE, l'ancor più imminente ed impellente esigenza di ricevere una protezione per atti violenti o comunque intrusivi da parte dell'accusato; dall'altra, la consapevolezza che le misure di protezione influiscono sulle libertà della «persona che determina il pericolo», quantomeno sulla libertà di movimento, di talché diventa intollerabile una compressione dei connessi diritti nel caso in cui si verifichi una duplice persecuzione.

4.3. L'art. 15, par. 1, lett. c), Decisione quadro 2009/829/GAI del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare e normativa di recepimento nell'art. 13, comma 1, lett. c), D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 36

Con un inverecondo ritardo⁹¹, il 15 febbraio 2016 il Governo ha emanato la normativa di recepimento della decisione quadro 2009/829/GAI avente ad oggetto

⁸⁹ P. SECHI, *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 850.

⁹⁰ Come si avrà modo di osservare, è tutt'altro che inesatto sostenere che mediante l'affermazione del principio del *ne bis in idem* si determinino situazioni di ingiustizia sostanziale con significativo sacrificio delle ragioni della vittima e – comunque – della persona offesa o danneggiata. Se ad esempio l'art. 649 c.p.p. non fosse – storicamente – interpretato in spregio alla lettera della norma, il già giudicato per tentato omicidio non dovrebbe rischiare un nuovo processo per omicidio consumato nel caso in cui, mutando il «grado», si dovesse spiegare l'evento morte. Tale evenienza, se, da una parte, cela una palese ingiustizia sostanziale, dall'altra appare rispettosa del principio del *ne bis in idem*.

⁹¹ Il termine di recepimento stabilito dalla direttiva era il 1 dicembre 2012; cfr. N. CANESTRINI, *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario italiano tra procedure di infrazione, pre-alerts della Commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4201; G. DI PAOLO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*,

«le norme secondo le quali uno Stato membro riconosce una decisione sulle misure cautelari emessa in un altro Stato membro in alternativa alla detenzione cautelare, sorveglia le misure cautelari imposte ad una persona fisica e consegna la persona in questione allo Stato di emissione in caso di inosservanza di tali misure».

Scopo dichiarato della decisione quadro è quello di consentire «a una persona residente in uno Stato membro ma sottoposta a procedimento penale in un secondo Stato membro di essere sorvegliata dalle autorità dello Stato in cui risiede in attesa del processo»⁹².

I riferimenti al *ne bis in idem*, quale motivo ostativo al riconoscimento, appaiono, sia nella decisione quadro sia nella normativa di recepimento, appena accennati.

L'art. 15, lett. c) si limita ad introdurre, quale motivo facoltativo (l'autorità competente "può") di rifiuto il caso in cui «il riconoscimento della decisione sulle misure cautelari [sia] in contrasto con il principio del *ne bis in idem*».

Analogamente, l'art. 13, lett. c) prevede, che la corte di appello possa rifiutare il riconoscimento «se risulta che il riconoscimento della decisione sulle misure cautelari viola il divieto di sottoporre una persona, già definitivamente giudicata, ad un nuovo processo per i medesimi fatti».

Sfugge per quale motivo si sia scelto di abbandonare la pur discutibile linea seguita dal legislatore del recepimento di trasformare in obbligatori i motivi di rifiuto che per la normativa genetica sarebbero facoltativi.

In tan senso, si osserva che se questa prassi palesava quantomeno un difetto di quella fiducia reciproca che dovrebbe caratterizzare ogni strumento di cooperazione, aveva comunque il pregio di contenere la discrezionalità della corte di appello nel concedere o rifiutare un *petitum* di uno Stato membro.

Non solo. Non registrandosi, ad oggi, pronunce sul tema, non è dato comprendere su quali basi la corte di appello, in futuro, pur conscia della violazione del giudicato caduto sul medesimo fatto, possa accogliere la richiesta di privazione della libertà personale da parte di uno Stato membro.

2016, p. 3018. Il 15 febbraio 2016, il Governo ha finalmente dato attuazione alla legge delega 9 luglio 2015, n. 114, con la quale il Parlamento delegava l'esecutivo ad attuare numerose direttive e decisioni quadro.

⁹² Cfr. *considerando* 3.

4.4. L'art. 7, par. 2, lett. a), Decisione quadro 2005/214/GAI del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie e normativa interna di recepimento nell'art. 12, comma 1, lett. c), D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 37

Con un ritardo parimenti significativo, il 25 febbraio 2016 veniva recepita la decisione quadro 2005/214/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie⁹³.

La novità non è di poco momento. Estendere tale principio altresì alle sanzioni pecuniarie permette di superare un sistema che, in buona sostanza, si risolveva nell'inefficacia della censura penale, posto che l'applicazione del diritto penale dello Stato di esecuzione appesantiva, sino a paralizzarla, la procedura.

Orbene, l'obiettivo della decisione quadro è quello, «da un lato, di non lasciare impunte le infrazioni aventi natura transnazionale e, dall'altro lato, di avvalersi del patrimonio delle persone fisiche o giuridiche sanzionate indipendentemente dallo Stato membro dove è situato»⁹⁴.

L'ambito di applicazione è limitato alle sanzioni pecuniarie inflitte con decisione definitiva, resa dall'autorità giudiziaria o comunque da un'autorità che abbia la facoltà di comminare sanzioni penali, a seguito della commissione di un reato.

Sebbene tratti di sanzioni pecuniarie, quindi non suscettibili di incidere – quantomeno direttamente – sulla libertà personale, la decisione quadro si premura ugualmente di tutelare il *ne bis in idem*, offrendo la possibilità allo Stato di esecuzione di rifiutare il riconoscimento se «esiste una decisione per gli stessi fatti nei confronti della persona condannata nello Stato di esecuzione o in uno Stato diverso dallo Stato della decisione o dallo Stato di esecuzione e, in quest'ultimo caso, la decisione ha ricevuto esecuzione».

⁹³ L. GIORDANO, *L'attuazione della decisione quadro sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1024.

⁹⁴ P. DE PASQUALE, *Sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 543.

La normativa di recepimento, all'art. 12, comma 1, lett. c), pressoché pedissequamente, riporta la stessa formulazione.

Così come per il coevo recepimento della Decisione quadro 2009/829/GAI, il motivo di rifiuto viene mantenuto facoltativo.

4.5. L'art. 11, par. 1, lett. c), Decisione quadro 2008/947/GAI del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e normativa interna di recepimento nell'art. 13, comma 1, lett. c), D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 38

Un ulteriore atto di recepimento del febbraio 2016 ha ad oggetto l'attuazione della decisione quadro in tema di reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni di sospensione condizionale della pena e delle sanzioni sostitutive.

Scopo esplicito della decisione quadro è non solo «rafforzare la possibilità del reinserimento sociale della persona condannata, consentendole di mantenere fra l'altro i legami familiari, linguistici e culturali, ma anche di migliorare il controllo del rispetto delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive allo scopo di impedire la recidiva, tenendo così in debita considerazione la protezione delle vittime e del pubblico in generale»⁹⁵.

La normativa «detta le norme alle quali le autorità competenti degli Stati membri si devono attenere per riconoscere e garantirne l'esecuzione e la sorveglianza, sul proprio territorio, delle misure che seguono alla sospensione condizionale della pena ed alla applicazione delle sanzioni sostitutive, imposte da autorità competenti di uno Stato straniero membro»⁹⁶.

Seguendo lo schema ormai tipico, la decisione quadro prevede quale motivo facoltativo di rifiuto l'ipotesi in cui «il riconoscimento della sentenza e il trasferimento della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale o delle sanzioni sostitutive sarebbe in contrasto con il principio *ne bis in idem*».

⁹⁵ Cfr. Decisione quadro 2008/947/GAI, *considerando* 8.

⁹⁶ F.P.C. IOVINO, *Gli effetti del reciproco riconoscimento per l'esecuzione delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1148.

A livello interno, costituisce motivo di rifiuto, ancora facoltativo, l'ipotesi in cui risulti «che il riconoscimento della sentenza e il trasferimento della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale o delle sanzioni sostitutive viola il divieto di sottoporre una persona, già definitivamente giudicata, ad altro processo per i medesimi fatti».

Da riconnettere, in certa misura, al tema del *ne bis in idem* appare, altresì, il motivo previsto dalla lett. i), per cui è offerta possibilità di rifiuto nel caso in cui i fatti oggetto del reato siano da considerarsi, in base alla legge italiana, commessi, in tutto o in parte, sul territorio dello Stato. Tale clausola sembra, in realtà, espressione di un approccio refrattario a riconoscere il giudicato estero, in un'ottica, quindi, di favore per la doppia persecuzione. Del resto, il diniego al riconoscimento al fine di affermare la giurisdizione statale, ben lungi dall'offrire tutela al *ne bis in idem*, finisce per concretizzarsi in un rischio di doppio procedimento, posto che, se così non fosse, lo Stato dovrebbe limitarsi a declinare il proprio *ius puniendi* perché esercitato da un altro Stato membro.

4.6. La tutela del *ne bis in idem* nella normativa in tema di provvedimenti di blocco dei beni ed ablazione reale

Ad oggi, in tema di sequestro e confisca, l'ordinamento europeo consta di quattro decisioni quadro⁹⁷: 2001/500/GAI del Consiglio del 26 giugno 2001 concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, mai concretamente attuata dall'Italia perché la normativa interna «appar[v]e – in generale – sufficientemente esaustiva ai fini del recepimento»⁹⁸; 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, recepita con ben dieci

⁹⁷ C. PESCE, *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e confisca*, in *Eurojus.it*, 27 aprile 2016.

⁹⁸ M. COLAMUSSI, *Sequestro e confisca in territorio dell'Unione europea. Il punto in tema di norme di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2474.

anni di ritardo (il termine era il 2 agosto 2005) con D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 35⁹⁹, il cui dichiarato scopo «è stabilire le norme secondo le quali uno Stato membro riconosce ed esegue nel suo territorio un provvedimento di blocco o di sequestro emesso da un'autorità giudiziaria di un altro Stato membro»¹⁰⁰; 2005/212/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, il cui recepimento ha raggiunto solo una legge delega¹⁰¹; 2006/783/GAI del Consiglio del 6 ottobre 2006 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, recepita con D.Lvo 7 agosto 2015, n. 137.

Inoltre, quale mezzo di armonizzazione legislativa, vi è la direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, recepita con D.Lvo 29 ottobre 2016, n. 202.

Emerge immediatamente una filosofia del legislatore italiano molto poco, se non nulla, giustiniana¹⁰². I provvedimenti ablativi nella normativa di recepimento europei appaiono scoordinati, di difficile rintracciabilità, con i connessi rischi di non riuscire a raggiungere lo scopo prefissato ovvero di privare delle dovute garanzie i destinatari di tali misure.

Limitando la disamina alle decisioni quadro 2006/783/GAI e 2003/577/GAI¹⁰³ – che disciplinano rispettivamente il mutuo riconoscimento dei

⁹⁹ G. DARAIO, *L'attuazione della d.q. 577/2003 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro a fini di prova o confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1133.

¹⁰⁰ Art. 1, decisione quadro 2003/577/GAI.

¹⁰¹ Artt. 28 e 31, l. 25 febbraio 2008, n. 34.

¹⁰² C. VALENTINI, *I provvedimenti ablativi (dd.lgs. 7 agosto 2015, 137, 15 febbraio 2016 n. 35 e 29 ottobre 2016, n. 202)*, in F. RUGGERI, (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Estratto, Giappichelli, Torino, 2017, p. 41, la quale, oltre ad evidenziare il mancato coordinamento della complessa normativa di attuazione dei provvedimenti ablativi con la direttiva 2014/41/UE in tema di ordine europeo di indagine penale, palesa la confusione del legislatore, il quale «avrebbe potuto e dovuto attuare nel contesto di un unico, organico provvedimento legislativo le norme europee, ma non lo ha fatto, stratificando nell'arco di poco più di un anno tre distinti atti ed ignorando i *nova*, finendo così col contribuire in maniera significativa all'incremento del *caos* normativo attuale».

¹⁰³ Come in precedenza osservato, infatti, la decisione quadro 2001/500/GAI non è mai stata ratificata. La decisione quadro 2005/212/GAI, pur figlia delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 e, dunque, da ricondurre in certa misura nel quadro della cooperazione giudiziaria, appare più orientata quale strumento di «armonizzazione del diritto penale materiale», attiene al profilo sostanziale e processuale dell'istituto e «disciplina gli elementi minimi della confisca», G. IUZZOLINO, *La confisca nel diritto penale dell'Unione europea tra armonizzazione e mutuo riconoscimento*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1555.

provvedimenti di sequestro e confisca – occorre subito rilevare che entrambi gli atti prevedono, quale motivo facoltativo di rifiuto, la violazione al principio del *ne bis in idem*, con la precisazione, operata dalla decisione quadro del 2003, che la suddetta violazione dovrebbe emergere dal certificato trasmesso dallo Stato di emissione.

Inoltre, in certa misura da ricondurre alla stessa *ratio* sottesa al *ne bis in idem*, in un'ottica però di segno radicalmente diverso, appaiono alcune ipotesi di rinvio dell'esecuzione. In particolare, l'art. 8 della decisione quadro 2003/577/GAI e l'art. 10 della decisione quadro 2006/783/GAI prevedono, fra i motivi di rinvio, il caso in cui l'esecuzione (del provvedimento di blocco o sequestro o della confisca) «possa pregiudicare un'indagine penale o procedimenti penali in corso, per un periodo di tempo che [lo Stato di esecuzione] ritenga ragionevole», nonché i casi in cui si formi una sorta di duplicazione del procedimenti *in rem*, come quando il bene su cui cade il provvedimento ablativo sia già oggetto di confisca (decisione quadro del 2006) ovvero sia sottoposto a sequestro e sia possibile la confisca (decisione quadro del 2003).

Sebbene si possa affermare che la *ratio* che traspare dalla disciplina del rinvio sembrerebbe più finalizzata a salvaguardare l'esigenza di efficienza della macchina repressiva dello Stato richiesto, privilegiando il *locus* in cui si trova il bene, non può negarsi, quale “effetto indesiderato”, una maggior tutela al *ne bis in idem*, anche in ragione del fatto che, quantomeno a livello statistico, il bene apparterrà alla persona nei cui confronti si procede.

Nella normativa di attuazione, i casi di rifiuto per violazione al principio del *ne bis in idem* sono stati recepiti e mantenuti con effetto facoltativo, con una significativa differenza fra le discipline interne di recepimento.

L'art. 6, lett. b) del D.Lvo 7 agosto 2015, n. 137, considera ostativa al riconoscimento o all'esecuzione «una decisione di confisca [che] risulta essere già stata emessa, in via definitiva, per gli stessi fatti e nei confronti della stessa persona da uno degli Stati membri dell'Unione europea», accogliendo quindi una formulazione coerente con un mutuo riconoscimento *post* Lisbona, posto che, infatti, utilizza, una terminologia che richiama l'eco dell'art. 50 CDFUE, di talché

il divieto di *bis in idem* può trovare tutela a più ampio raggio (fra tutti gli Stati membri) e non solo nei rapporti fra Stato di emissione e Stato di esecuzione.

Per contro, l'art. 6, comma 4, lett. d) del più recente (ma, ciononostante, parrebbe più retrogrado) D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 35, utilizza una formulazione per certi versi inconsueta: «se dalle informazioni contenute nel certificato risulta evidente la violazione del divieto di un secondo giudizio, ai sensi dell'articolo 649 del codice di procedura penale». Mal si comprende, infatti, la scelta di richiamare la norma interna, la cui interpretazione storica ha avuto una portata – appunto – interna quando, all'evidenza, per vagliare la sussistenza di una duplicazione di procedimenti in ambito sovranazionale occorre allontanarsi dai – e finanche abbandonare i – canoni ermeneutici tradizionali.

Per quanto concerne i casi di rinvio, si registra una sostanziale coerenza con i *dicta* delle decisioni quadro.

4.7. La Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali e la normativa interna di recepimento nel D.Lvo 15 febbraio 2016, n. 29

Sino ad ora si è avuto riguardo a quelle fonti sovranazionali, nei più disparati campi, con le quali si offre tutela al principio del *ne bis in idem* nella misura in cui vi sia almeno una sentenza passata in giudicato. Poco o nulla, invece, si è detto con riferimento ad una fase anteriore, quando cioè nessuna delle due sentenze abbia raggiunto l'irrevocabilità, di talché, a rigore, nessuno Stato membro si troverebbe obbligato a rinunciare all'azione penale.

Ed allora, solo per una scelta argomentativa, si è scelto di trattare per ultima la disciplina che offre uno strumento preventivo al verificarsi di casi di *bis in idem*, non tanto nell'ottica di tutelare il diritto quando la persona sia già stata definitivamente giudicata per lo stesso fatto e, dunque, al fine di evitare un doppio processo, quanto – piuttosto – in un momento anteriore onde tutelare la persona non solo dal doppio giudizio ma altresì dalla doppia persecuzione.

Del resto, che il *ne bis in idem* trovi un punto di emersione anche nella litispendenza non è un assunto nuovo, tanto che, già nel 2005, anche la pur refrattaria giurisprudenza italiana di legittimità, nella storica sentenza Donati, giungeva a risolvere i casi di doppia persecuzione ad opera dello stesso ufficio del pubblico ministero ricorrendo ad un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p.¹⁰⁴.

Orbene, se l'attenzione del legislatore europeo, per molti anni, si è concentrata sugli aspetti del *bis in idem* da un punto di vista riparativo, nel senso di tutelare la persona che già ha subito un processo, la dinamicità del crimine transazionale ha imposto di affrontare la tematica da un punto di vista preventivo.

Non può, tuttavia, negarsi che da tale prospettiva il cammino verso un sistema autosufficiente di prevenzione dei conflitti di giurisdizione sovranazionale sia ancora agli albori¹⁰⁵.

La principale prova dell'immatunità della normativa in tema di risoluzione dei conflitti di giurisdizione è data, se si vuole, dalla stessa apatia della disciplina, che sembra più dedicarsi a petizioni di principio, piuttosto che a vere e proprie norme attributive dello *ius puniendi*. Ricorda, per certi versi, un vetusto strumento di *soft law*, anche se, formalmente, degli obblighi – comunque cogenti – sono previsti. Non può, infatti, non considerarsi la singolarità di un articolato normativo che, a rigor di logica, dovrebbe stabilire chi decide, mentre, in realtà, si limita ad imporre obblighi di comunicazione fra i contendenti.

Il dato più rilevante è dato dal fatto che, per la prima volta, viene *ex lege* abbandonata «la rozza logica del “*premier arrivé, premier servi*”»¹⁰⁶. La decisione quadro, infatti, privilegia «consultazioni dirette tra le autorità competenti degli Stati membri allo scopo di raggiungere un consenso su una soluzione efficace volta ad evitare le conseguenze negative derivanti da procedimenti penali paralleli ed evitare perdite di tempo e risorse delle autorità competenti interessate»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28; G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3035.

¹⁰⁵ L. LUPARIA, *La litispendenza internazionale*, cit., p. 105.

¹⁰⁶ G.M. BACCARI, *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 992.

¹⁰⁷ Cfr. decisione quadro 2009/948/GAI, *considerando* 4.

La prudenza del legislatore europeo emerge anche dalla considerazione che nella parte precettiva della decisione quadro «non si arriva a stilare un catalogo di criteri che devono essere considerati dalle autorità per raggiungere l’auspicato consenso»¹⁰⁸, lasciando l’unico timido criterio di risoluzione al *considerando* 9 che, a sua volta, rinvia alla relazione annuale 2003 di Eurojust, suggerendo alle autorità di tenere conto di alcuni elementi, fra cui, per esempio, «il luogo in cui si è verificato prevalentemente il fatto costituente reato, il luogo in cui si è subita la maggior parte dei danni, il luogo in cui si trova l’indagato o l’imputato e la possibilità di assicurare la sua consegna o estradizione in altre giurisdizioni, la cittadinanza o la residenza dell’indagato o dell’imputato, gli interessi rilevanti dell’indagato o dell’imputato, gli interessi rilevanti delle vittime e dei testimoni, l’ammissibilità degli elementi probatori o possibili ritardi»¹⁰⁹.

Trattandosi di strumento preventivo ed essendo espressamente esclusa la possibilità che uno Stato debba rinunciare alla propria giurisdizione e, a differenza delle altre fonti in tema di cooperazione, non sono previsti motivi di rifiuto e, per ragioni ancor più evidenti, motivi di rifiuto per contrasto al principio del *ne bis in idem*.

Coerentemente con tutte le altre fonti sino ad ora esaminate, la decisione quadro in oggetto non si cura di specificare in cosa consista la nozione di “stessi fatti”, limitandosi a precisare cosa debba intendersi per “procedimenti paralleli”: «procedimenti penali, compresa sia la fase preprocessuale che quella processuale, condotti in due o più Stati membri per gli stessi fatti in cui è implicata la stessa persona».

È appena il caso di osservare, peraltro, che la nozione da accogliere di “medesimi fatti” non potrà allontanarsi da quella offerta dalla Corte di giustizia, vertente cioè sulla materialità degli stessi, «prescindendo dalla qualificazione giuridica e dall’interesse tutelato dalla norma penale, e la inscindibilità dei fatti, il cui collegamento deve emergere sul piano temporale, spaziale ed oggettivo»¹¹⁰.

¹⁰⁸ G. DE AMICIS, *L’attuazione nell’ordinamento*, cit., p. 3032.

¹⁰⁹ Cfr. decisione quadro 2009/948/GAI, *considerando* 9.

¹¹⁰ N. GALANTINI, *Diritti e conflitti di giurisdizione* (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29), in F. RUGGIERI, (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Estratto, Giappichelli, Torino, 2017, p. 126.

La normativa di recepimento ripercorre – pressoché pedissequamente – il testo della decisione quadro.

4.8. Il *considerando* 54 del Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»)

Da poche settimane è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il Regolamento UE 2017/1939 istitutivo dell'Ufficio del Procuratore europeo¹¹¹.

Data l'importanza storica della scelta del legislatore europeo, partorita dopo due decenni di discussioni, la materia meriterebbe ben altra attenzione¹¹².

Non può però tacersi che, per quanto si stimi che l'*European Public Prosecutor Office* non inizierà ad operare prima del 2021¹¹³, il concreto funzionamento del nuovo organo dovrà misurarsi con la necessità di non recare pregiudizio al principio del *ne bis in idem*.

La normativa europea – chiaramente – si preoccupa di garantire tutela ai diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione e, in particolare, dalla Carta di Nizza.

Sebbene sia celato in un semplice *considerando*, il regolamento istitutivo ha comunque l'importante pregio di cristallizzare un canone ermeneutico per l'interpretazione della nozione di *idem*. Laddove, nel delimitare la latitudine della competenza dell'EPPO, le indagini si dovessero estendere a «reati indissolubilmente connessi» a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, l'interpretazione di tali reati «dovrebbe essere considerata alla luce della relativa giurisprudenza che, per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, adotta come

¹¹¹ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»).

¹¹² Sul punto, G. DI PAOLO, S. MARCOLINI, *Verso l'istituzione di una Procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la proposta di regolamento COM(2013)534 "final"*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 360; R. KOSTORIS, *Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate"*, in *Cass. pen.*, 2013 p. 4738; A. PISAPIA, *La risoluzione del Parlamento europeo sulla Procura europea a Eurojust. Quando il Parlamento europeo non è colegislatore*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 828.

¹¹³ L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2017.

criterio pertinente l'identità dei fatti materiali (o fatti sostanzialmente identici), intesa come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nel tempo e nello spazio».

Se anche non può negarsi che la norma – a contenuto peraltro non precettivo – non aggiunge altro a quanto da diversi lustri afferma la giurisprudenza della Corte di giustizia, deve in ogni caso essere rilevato che l'aver “messo nero su bianco” l'opzione interpretativa garantirà, per il futuro, un sempre maggior rigetto per l'*idem* legale.

Capitolo secondo. Ermeneutica delle nozioni di *bis* e di *idem* nell'ordinamento europeo.

SOMMARIO: **1** La materia penale (rinvio) – **2** Delimitazione del concetto di medesimo fatto – **2.1** Il medesimo fatto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – **2.2** Il medesimo fatto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia – **3** Disamina delle pronunce suscettibili di impedire l'instaurazione di un secondo giudizio – **4.1** Le riserve di cui all'art. 55 CAAS alle prese con l'art. 50 CDFUE ... – **4.2** ... e le condizioni di esecuzione.

1. La materia penale (rinvio)

Prima di procedere alla disamina dei concetti di *idem* e di *bis*, occorre delimitare il campo di applicazione del principio, ossia, in altri termini, stabilire che cosa si intenda con materia penale. Bisogna domandarsi, cioè, se tale espressione debba essere interpretata in una accezione letterale ovvero, ripudiando ogni formalismo, debba guardarsi alla sostanza del procedimento.

Come in precedenza osservato, la primissima dottrina¹¹⁴ aveva ritenuto che il dato contenuto nell'art. 4, Prot. 7 CEDU, fosse inequivocabile: il riferimento alla parola «reato», nonché alla «legge e alla procedura penale», avrebbe reso la norma applicabile al solo processo penale. Inoltre, lo stesso *Rapport explicatif* escludeva la possibilità di applicare l'art. 4, Prot. 7 a procedimenti che non avessero natura penale, come, ad esempio, ai procedimenti disciplinari¹¹⁵.

Ciò, tuttavia, non ha impedito alla Corte Edu di svincolarsi dalla qualificazione offerta alla procedura dai singoli ordinamenti processuali. Sin dalle prime pronunce sul tema, infatti, il giudice di Strasburgo ha palesato una forte preoccupazione a che i legislatori nazionali, omettendo la qualificazione «penale» a determinate procedure sanzionatorie (*lato sensu* amministrative: disciplinari,

¹¹⁴ M. R. MARCHETTI, *Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Leg. pen.*, 1991, p. 250.

¹¹⁵ *Rapport explicatif relatif au projet de Protocole n. 7 a la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 1374.

tributarie, etc.) perseguissero, più o meno consapevolmente, il fine di “dribblare” quelle che avrebbero dovuto essere le garanzie a tutela della persona soggetta ad un’accusa penale.

2. La delimitazione del concetto di medesimo fatto

Un approfondimento del principio del *ne bis in idem* impone – necessariamente – di circoscrivere la portata dei due termini insiti della regola di diritto in esame. Posticipando di poche pagine la disamina di *bis*, occorre, in primo luogo, tentare di delimitare il concetto di *idem*, «vero e proprio presupposto logico di qualsivoglia riflessione in materia»¹¹⁶.

L’interpretazione della nozione di stesso fatto, anche se, come già osservato, sia la Convenzione europea che la Carta di Nizza utilizzano l’espressione «reato», vede contrapporsi, tradizionalmente, due visioni: da una parte, l’*idem* legale e, dall’altra, l’*idem factum*.

Aderire ad una oppure all’altra lettura implica relevantissime conseguenze se si considera che privilegiando l’*idem factum* si guarderà al fatto nella sua materialità, mentre adottando il criterio dell’*idem* legale si dovrà avere riguardo alla qualificazione giuridica, con la logica conseguenza che, in un caso, ciò che rileva è (o dovrebbe essere) la condotta in sé e per sé considerata, mentre, nell’altro, si dovrà guardare a come è qualificata la condotta secondo le norme positive, con il rischio concreto di riconoscere all’autore della contestazione un aleatorio potere di reiterare l’azione penale (che, in teoria, oltre che obbligatoria, si dice sia non reiterabile¹¹⁷), ricorrendo allo stratagemma di sussumere il fatto costituente reato in una fattispecie diversa.

Come si è avuto modo di osservare nel precedente capitolo¹¹⁸, la formulazione nazionale del principio del *ne bis in idem* sembrerebbe imporre un’interpretazione che accoglie l’*idem factum*. L’art. 649 c.p.p., infatti, sancendo

¹¹⁶ L. LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 83.

¹¹⁷ Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Corr. mer.*, 2006, p. 239.

¹¹⁸ Cfr. cap. I, §.3.2.

expressis verbis l'irrilevanza del titolo, del grado e delle circostanze ai fini di una riconsiderazione del fatto, nonché operando una ben precisa scelta terminologica utilizzando, appunto, il termine «fatto», sembrerebbe escludere un percorso ermeneutico che si richiami alla qualificazione giuridica.

Per contro, la normativa europea, con la significativa eccezione dell'art. 54 CAAS, utilizzando le espressioni *an offence* ovvero *une infraction*, quindi «reato», parrebbe ricorrere ad un'interpretazione dell'*idem* che si richiama alla qualificazione giuridica.

Paradossalmente¹¹⁹, è vero il contrario: in ambito europeo appare ormai consolidata un'interpretazione volta a privilegiare il fatto nella sua materialità, mentre la giurisprudenza nazionale si è sempre dimostrata refrattaria ad abbandonare una concezione di *idem* legale, utilizzando una formula di stile che, pur richiamando elementi certamente “materiali”, cela una vocazione al ricorso alla qualificazione giuridica.

Non può tacersi, del resto, l'ossimoro insito nell'assunto giurisprudenziale costituito dalla contraddizione in termini data dalla corrispondenza storico naturalistica nella configurazione del reato e dell'obbligo di considerare il reato in tutti i suoi elementi costitutivi, con riferimento alla condotta, all'evento e al nesso causale. La considerazione degli elementi costitutivi del reato, infatti, non può avere altro effetto che trasformare la corrispondenza storico-naturalistica in un'affermazione vuota di significato che, di fatto, privilegia la qualificazione giuridica.

2.1. Il medesimo fatto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

L'art. 4, Prot. 7, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come accennato, utilizza l'espressione «reato».

¹¹⁹ N. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1209.

Ed invero, al netto di quanto si sarebbe potuto desumere dal *Rapport explicatif*¹²⁰, proprio su tale scelta terminologica poggiavano alcune prese di posizione della Corte Edu favorevoli ad una lettura del concetto di medesimezza, ricorrendo all'*idem* legale.

Fino al 2009, anno in cui la *Gran Chambre* rompe gli indugi e risolve un contrasto sorto in seno alla Corte stessa¹²¹, si possono registrare tre diversi filoni interpretativi¹²².

Un primo orientamento tende a marcare l'attenzione sulla nozione di *same conduct*, senza alcun riferimento alla qualificazione giuridica. Nel caso *Gradinger c. Austria*, la Corte ritiene identiche due condotte, contestate al ricorrente austriaco, di omicidio colposo per imprudenza (nel procedimento penale) e per guida in stato di ebrezza (nel procedimento amministrativo). Pur consapevole della diversità delle rispettive norme incriminatrici «as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose», ossia, per *nomen iuris*, natura e scopo, il giudice di Strasburgo, in modo molto perentorio e conciso, evidenzia come, di fatto, la condotta sia la stessa¹²³.

Un diverso divisamento viene assunto dalla Corte nel caso *Oliveira c. Svizzera*¹²⁴, che ha rigettato il ricorso con il quale la ricorrente lamentava la violazione del *ne bis in idem* per essere stata sottoposta a un duplice procedimento: il primo per violazione della normativa in tema di circolazione stradale (avendo causato un incidente su una strada ghiacciata e innevata), il secondo per lesioni personali colpose cagionate ad un terzo, eziologicamente connesse allo stesso incidente.

¹²⁰ *Rapport explicatif relatif*, cit., p. 1367. M. R. MARCHETTI, *Protocollo n. 7*, cit., p. 250.

¹²¹ Corte Edu, Grande Camera, *Zolotukhin c. Russia*, sentenza del 10.2.2009, ric. n. 14939/03.

¹²² S. ALLEGREZZA, *Art. 4, Protocollo n. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 900.

¹²³ Corte Edu, *Gradinger c. Austria*, sentenza del 23.10.1995, ric. n. 15936/90, § 55.

¹²⁴ Corte Edu, *Oliveira c. Svizzera*, sentenza del 30.7.1998, ric. n. 25711/94; in termini analoghi, Corte Edu, seconda sezione, *Göktan c. Francia*, sentenza del 2.7.2002, ric. n. 33402/96, per cui, in una causa nella quale il ricorrente era stato condannato sia per violazione della normativa sugli stupefacenti, che per non aver pagato un debito doganale, omissione che comportava una *imprisonment in default* per due anni, la Corte, pur disapprovando l'incarcerazione per debiti («it constitutes an archaic custodial measure»), richiamate le conclusioni di *Oliveira c. Svizzera*: «this might also be seen as an example of the same act being caught by various statutory definitions (*concours idéal de qualifications*)»; o, ancora, Corte Edu, *Gauthier c. France*, decisione del 24.6.2003, ric. n. 61178/00.

La Corte Edu, riconoscendo un tipico caso di *concours idéal d'infractions*, ha escluso qualsivoglia violazione dell'art. 4, Prot. 7, «dès lors que celui-ci prohibe de juger deux fois une même infraction, alors que dans le concours idéal d'infractions, un même fait pénal s'analyse en deux infractions distinctes».

Dirimente appare il fatto che la seconda sanzione ha tenuto conto della prima diminuendo in maniera corrispondente la pena inflitta, anche se, in certa misura, si arriva a confondere il *ne bis in idem* processuale con quello sostanziale. L'art. 4, Prot. 7, infatti, vuole evitare che una persona sia giudicata due volte per lo stesso fatto, a nulla rilevando l'esito del primo processo, di talché il divieto deve operare anche nel caso in cui il primo processo si sia concluso con una pronuncia di proscioglimento.

La discutibilità della soluzione offerta dalla Corte in *Oliveira c. Svizzera* è ben espressa nell'opinione dissenziente del giudice Repik, il quale, nella scelta fra qualificazione giuridica e fatto materiale, richiamando le conclusioni cui era giunta la Corte nel caso *Gradinger c. Austria*, opta nettamente per la seconda in ragione del fatto che «empêche de fractionner un fait matériel unique et bien défini en changeant certains de ses aspects particuliers et de procéder, sous des qualifications juridiques différentes, à des poursuites successives d'une personne pour la même cause».

Del resto, il concorso ideale o formale di reato (art. 81 c.p.) rappresenta uno fra i più controversi profili della disciplina. Nessun dubbio, infatti, che costituisca una violazione del *ne bis in idem* una duplicazione di procedimenti il caso in cui si instaurino due processi nei confronti della stessa persona che ponga in essere un'unica condotta, che costituisce un singolo reato, contestato due volte. Più problematico risulta il caso in cui con la stessa condotta si violino più norme incriminatrici.

Ad esempio, l'accusato di omicidio colposo per violazione delle norme sulla sicurezza dei luoghi di lavoro risponderà del concorso formale (o ideale), costituito dall'art. 589 c.p. e da una o più norme di cui al D.Lvo 81/08. Orbene, può sin d'ora osservarsi che se non presenta particolari profili problematici il caso in cui per tutti i reati si proceda in un unico processo, posto che, in buona sostanza, una sola è la persecuzione, più complessa risulta l'ipotesi in cui si opini di procedere

separatamente, in ragione del fatto che il giudicato caduto su uno dei due procedimenti potrebbe portare l'accusato ad eccepire la violazione dell'art. 4, Prot. 7.

L'ultimo filone interpretativo, riconducibile al caso *Franz Fischer c. Austria*¹²⁵, prima della risoluzione del contrasto ad opera della *Grande Chambre* in *Zolotukhin c. Russia*, sempre nel frequente caso del *concours idéal d'infractions*, prende le mosse dai cosiddetti elementi essenziali delle due fattispecie per verificare se, in caso di un'unica condotta che determini una plurima violazione di legge, si configuri un *bis in idem*.

Con tale filone, di fatto, la Corte Edu salva il concorso formale di reati¹²⁶, pur senza disconoscere i precedenti *Gradinger c. Austria* e *Oliveira c. Svizzera*¹²⁷. Nel caso di specie nel procedimento nazionale il ricorrente veniva condannato, penalmente e amministrativamente, per omicidio colposo e guida in stato di ebbrezza. Non era stato applicato nessun meccanismo di computo della pena già inflitta con la prima condanna. Nessun dubbio sul fatto che la condotta fosse la stessa. Osserva il giudice di Strasburgo che, a volte, vi sono casi in cui un atto, *at first sight*, sembra costituire più di un reato, ma, mediante una *closer examination*, emerge che, in realtà, tutti gli elementi di un reato sono già contenuti nell'altro: non resta, dunque, «to examine whether or not such offences have the same essential elements».

Coerentemente, la Corte si premura di precisare che l'art. 4, Prot. 7, «does not refer to “the same offence” but rather to trial and punishment “again” for an offence for which the applicant has already been finally acquitted or convicted», di talché per scongiurare un secondo processo occorre controllare che il caso da giudicare non contenga gli stessi elementi essenziali del caso già giudicato.

¹²⁵ Corte Edu, terza sezione, *Franz Fischer c. Austria*, sentenza del 29.5.2001, ric. n. 37950/97; in termini analoghi, Corte Edu, terza sezione, *W.F. c. Austria*, sentenza del 30.5.2002, ric. n. 38275/98.

¹²⁶ N. PLASTINA, *Il ne bis in idem ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di applicazione di Schengen: la Cassazione si pronuncia ancora sui limiti al nuovo giudizio*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1068, per cui, «se è vero che il mero fatto che una singola condotta determini più di un reato non è contrario all'art. 4, Prot. 7, occorre tuttavia verificare che, al di là del diverso *nomen juris* dei reati per i quali il ricorrente è stato processato o punito, non ci si trovi dinanzi ad un concorso apparente di reati, in quanto uno contiene gli stessi elementi essenziali dell'altro più qualcosa di aggiuntivo, con sostanziale coincidenza degli stessi».

¹²⁷ §§ 23 e 24, *Franz Fischer c. Austria*.

La Corte Edu nella sentenza *Zolotukhin c. Russia*, dopo aver brevemente riassunto i precedenti in seno alla Corte stessa, non del tutto allineati fra loro, ritiene improrogabile mettere un freno alla *variety of approaches*, all'instabilità di decisioni inerenti la corretta accezione da attribuire al concetto di *idem*.

Ricorrendo al confronto con altri testi normativi internazionali che utilizzano l'espressione "fatto", "causa" o "reato"¹²⁸, i giudici di Strasburgo giungono alla conclusione che l'uso della parola «reato» nel testo dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 non può giustificare l'adesione ad un approccio più restrittivo, ribadendo che la Convenzione deve essere interpretata e applicata in modo tale da rendere i suoi diritti pratici ed efficaci, non teorici e illusori. Le disposizioni di un trattato internazionale come la Convenzione devono essere interpretate alla luce del loro oggetto e scopo e anche in conformità con il principio di effettività¹²⁹.

Del resto, un approccio che privilegiasse la qualificazione giuridica apparirebbe troppo restrittivo per l'individuo, con un concreto rischio di minare la garanzia offerta dall'art. 4, Prot. 7, garanzia che «contains a safeguard against being tried or being liable to be tried again in new proceedings rather than a prohibition on a second conviction or acquittal»¹³⁰.

Il criterio da seguire è, dunque, quello dell'identità materiale, che si concretizza nel divieto di perseguire o processare una persona per un secondo «reato» nella misura in cui è riconducibile agli stessi fatti o a fatti che sono sostanzialmente gli stessi¹³¹. L'indagine dovrebbe articolarsi su quei fatti che

¹²⁸ § 79 *Zolotukhin c. Russia*, per cui «An analysis of the international instruments incorporating the non bis in idem principle in one or another form reveals the variety of terms in which it is couched. Thus, Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention, Article 14 § 7 of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights and Article 50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union refer to the "[same] offence" ("[même] infraction"), the American Convention on Human Rights speaks of the "same cause" ("mêmes faits"), the Convention Implementing the Schengen Agreement prohibits prosecution for the "same acts" ("mêmes faits"), and the Statute of the International Criminal Court employs the term "[same] conduct" ("[mêmes] actes constitutifs") . The difference between the terms "same acts" or "same cause" ("mêmes faits") on the one hand and the term "[same] offence" ("[même] infraction") on the other was held by the Court of Justice of the European Union and the Inter-American Court of Human Rights to be an important element in favour of adopting the approach based strictly on the identity of the material acts and rejecting the legal classification of such acts as irrelevant. In so finding, both tribunals emphasised that such an approach would favour the perpetrator, who would know that, once he had been found guilty and served his sentence or had been acquitted, he need not fear further prosecution for the same act».

¹²⁹ § 80 *Zolotukhin c. Russia*.

¹³⁰ § 83 *Zolotukhin c. Russia*.

¹³¹ § 82 *Zolotukhin c. Russia*.

costituiscono un insieme di circostanze concrete che coinvolgono lo stesso convenuto e sono inestricabilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio, la cui esistenza deve essere dimostrata al fine di ottenere una condanna o avviare un procedimento penale¹³².

La soluzione offerta dalla Corte di Strasburgo, in linea con gli approdi raggiunti dalla Corte di Giustizia¹³³ e, allo stato, non smentita da decisioni di segno contrario di Strasburgo, bensì ripetutamente confermata¹³⁴, costituisce una significativa decisione nel senso di valorizzare la portata del principio, esaltando il *ne bis in idem* di cui all'art. 4, Prot. 7 quale garanzia processuale prima ancora che sostanziale. *In primis*, il principio deve essere inteso quale diritto a non essere perseguitato più di una volta, solo in seconda battuta, e, si può dire, sembra essere più una conseguenza logica piuttosto che una affermazione complementare, diritto a non subire una duplice sanzione.

2.2. Il medesimo fatto nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Nell'ordinamento della piccola Europa, l'interprete deve fare i conti con due fonti la cui formulazione appare sensibilmente distinta: l'art. 54 CAAS vieta la ripetizione del processo se la persona è già stata giudicata «per i medesimi fatti»; l'art. 50 CDFUE, invece, si riferisce a «un reato».

Orbene, al netto di tale differenza terminologica, riconducibile più a ragioni contingenti che ad una reale volontà del legislatore europeo di distinguere le due nozioni¹³⁵, non può dubitarsi che, per l'ordinamento dell'Unione europea, la

¹³² § 84 *Zolotukhin c. Russia*.

¹³³ Cfr. Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza del 16 novembre 2010, causa c-261/09, *Mantello*; Corte di Giustizia, sentenza dell'11 febbraio 2003, cause riunite c-187/01, *Gözütok*, e c-385/01, *Brügge*; Corte di Giustizia, seconda sezione, sentenza del 6 marzo 2006, causa c-436/04, *Van Esbroeck*.

¹³⁴ *Ex multis*, Corte Edu, seconda sezione, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4.3.2014, ric. n. 18640/10, 18467/10, 18663/10, 18668/10 e 19698/10; Corte Edu, quarta sezione, *Glantz c. Finlandia*, sentenza del 24.5.2014, ric. n. 37394/11.

¹³⁵ Si osserva, in tal senso, che benché la Carta di Nizza sia entrata in vigore solo con Trattato di Lisbona è, di fatto, pressoché coeva alla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen. Tuttavia, le due fonti hanno, almeno nelle origini, diverse finalità: la prima si prefiggeva di dotare la futura (e fallita) costituzione europea di un catalogo di diritti in certa misura analogo alla Convenzione europea di diritti dell'uomo, tanto che, sovente, le norme sono perfettamente

nozione da accogliere, al pari di quanto avviene nell'ordinamento della grande Europa, sia quella riconducibile al criterio dell'*idem factum*.

Del resto, a favore di tale soluzione può essere speso anche un argomento sistemico, posto che, come noto, le disposizioni della Carta impongono di interpretare le norme che riconoscono diritti sovrapponibili a quelli garantiti dalla Convenzione avendo riguardo all'interpretazione fornita dalla Corte Edu¹³⁶. Non sfuggirà, però, come in realtà il percorso, in questo specifico caso, sia stato inverso: la Corte di giustizia, infatti, giunse ad aderire in maniera definitiva al criterio dell'*idem factum* diversi anni prima rispetto alla Corte Edu, che, come si è visto, per molti anni non ha espressamente aborrito l'*idem legale*¹³⁷. Ciò non toglie che, per il futuro, l'approdo cui si è pervenuti con la sentenza *Zolotukhin c. Russia* costituirà un valido ausilio ermeneutico.

Inoltre, sino a quando non si raggiungerà quell'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali che, con il Trattato di Lisbona, assurge a obiettivo dell'Unione, valutare la medesimezza ricorrendo al criterio della qualificazione giuridica, ovvero dell'interesse tutelato, avrebbe quale unico effetto una significativa compressione del diritto del *ne bis in idem*, atteso che appare di tutta evidenza che tali catalogazioni sono elementi suscettibili di variare in ragione delle più diverse esigenze interne.

Preziosi spunti interpretativi sono stati offerti dalla Corte di giustizia allorché è stata chiamata a vagliare la violazione del *ne bis in idem* internazionale in casi di traffico di sostanze stupefacenti con condotte necessariamente protratte in più di uno Stato.

Nel celebre caso *Van Esbroeck*¹³⁸, la Corte era stata investita della questione pregiudiziale volta ad acclarare se «l'art. 54 della [CAAS], letto in combinato disposto con l'art. 71 della stessa Convenzione, debba essere interpretato nel senso che fatti punibili costituiti dal possesso ai fini dell'esportazione e dell'importazione

sovrapponibili; la seconda, nasce, quale primo grande strumento di cooperazione giudiziaria, con l'intento di garantire la libera circolazione delle persone, un cui corollario irrinunciabile è costituito dall'esigenza di non dover temere la repressione in uno Stato per un fatto già giudicato in un altro.

¹³⁶ P.P. PAULESU, *Riflessioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Dir. dir. proc.*, 2016, p. 644.

¹³⁷ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 52.

¹³⁸ Corte di Giustizia, seconda sezione, sentenza del 6 marzo 2006, causa c-436/04, *Van Esbroeck*.

degli stessi stupefacenti e di sostanze psicotrope di qualsiasi natura, compresa la cannabis, e che sono perseguiti rispettivamente come esportazione e importazione in vari Stati che hanno firmato la [CAAS] o che hanno attuato ed applicato l'*acquis* di Schengen, vadano considerati come “i medesimi fatti” ai sensi del precitato art. 54»¹³⁹.

I fatti erano in realtà abbastanza semplici: il cittadino belga Van Esbroeck veniva condannato, in Norvegia, per l'importazione di un determinato quantitativo di stupefacenti; scontata la pena e «ricondotto sotto scorta in Belgio», veniva nuovamente perseguito, condannato in primo e secondo grado, per la corrispondente esportazione dello stupefacente, sino a quando la Cassazione belga (*Hof van Cassatie*) rimetteva gli atti alla Corte di Giustizia.

Orbene, la Corte, dopo aver immediatamente rigettato la tesi sostenuta dal governo ceco, intervenuto per affermare che l'identità dei fatti presupporrebbe l'identità della loro qualificazione giuridica, nonché l'identità degli interessi giuridici tutelati, osserva che il principio del *ne bis in idem* sancito all'art. 54 CAAS impone agli Stati contraenti di ricorrere a quella fiducia reciproca che costituisce un contenuto imprescindibile per la tenuta del sistema Schengen, di talché occorre accettare le conseguenze derivanti dall'applicazione del diritto straniero che, il più delle volte, si risolve in soluzioni diverse da quelle che deriverebbero dall'applicazione delle norme interne.

Del resto, la finalità dell'art. 54 CAAS è quella di salvaguardare il diritto alla libera circolazione, diritto che subirebbe un sicuro pregiudizio nel momento in cui gli Stati contraenti non rispettassero il giudicato estero.

Pertanto, mancando una seria armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, l'accoglimento di un criterio riconducibile alla qualificazione giuridica esporrebbe il destinatario del diritto ad una plurima persecuzione penale.

Deve quindi accogliersi un criterio di «identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro».

¹³⁹ Questione, in realtà preceduta da altra, in un certo senso propedeutica, volta a comprendere se l'art. 54 CAAS fosse applicabile nei confronti di una persona già giudicata in Norvegia e nuovamente perseguita in Belgio in data antecedente all'entrata in vigore dell'Accordo per la Norvegia.

Pochi mesi dopo, nella causa *Van Straaten*¹⁴⁰, la Corte allarga ulteriormente la nozione di medesimi fatti, precisando che, in tema di importazione ed esportazione di stupefacenti, «non viene richiesto che siano identici i quantitativi di droga di cui trattasi nei due Stati contraenti interessati né i soggetti che si presume abbiano partecipato alla fattispecie nei due Stati».

Successivamente, nella causa *Kretzinger*¹⁴¹, il giudice di Lussemburgo, rispondendo alle eccezioni del governo tedesco e di quello spagnolo, che sostenevano che il criterio basato sull'identità dei fatti materiali dovesse «essere applicato in modo da consentire ai giudici nazionali competenti di prendere in considerazione anche l'interesse giuridico tutelato nella valutazione di un insieme di circostanze concrete», stigmatizza in modo perentorio tale assunto e ribadisce che la mancanza di armonizzazione esclude la possibilità di procedere a non pertinenti considerazione sull'interesse giuridico protetto.

Nella causa *Kraaijenbrink*¹⁴², la Corte di giustizia prosegue nell'operazione ermeneutica chiedendosi «se occorra approssimare l'unicità giuridica del fatto all'unicità del disegno criminoso»¹⁴³. La cittadina olandese Kraaijenbrink veniva condannata, prima, nei Paesi Bassi per ricettazione di proventi da reato alla pena sospesa di mesi sei di reclusione e, poi, in Belgio, ad una pena più grave per operazioni di cambio su importi di danaro frutto del traffico di stupefacenti. Posto che le somme di denaro non erano le stesse e che i periodi contestati non erano perfettamente sovrapponibili, si configura una sorta di inedita continuazione di reati, assimilabile, per certi versi, al nostro art. 81 cpv c.p., su scala, però, sovranazionale. Viene dunque chiesto alla Corte se il giudicato su una porzione del medesimo disegno criminoso precluda un secondo giudizio, in un altro Stato, per la porzione non giudicata. La risposta, tutto sommato, appare abbastanza scontata, ma la Corte si premura di invitare il secondo giudice a tenere conto, nell'irrogazione della pena, della prima sanzione.

¹⁴⁰ Corte di Giustizia, prima sezione, sentenza del 2 settembre 2006, causa c-150/05, *Van Straaten*.

¹⁴¹ Corte di Giustizia, seconda sezione, sentenza del 18 luglio 2007, causa c-288/05, *Kretzinger*.

¹⁴² Corte di Giustizia, seconda sezione, sentenza del 18 luglio 2007, causa c-367/05, *Kraaijenbrink*.

¹⁴³ D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1420.

Per quanto concerne l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE, che, come ricordato, utilizza la più ambigua espressione «un reato», non si registrano difformità di orientamento da parte della Corte di giustizia, posto che un'adesione all'opposto criterio dell'*idem* legale «sarebbe infatti contraria allo spirito integrazionista che “muove” la Corte e, eccessivamente riducendo la sfera di operatività del principio, pregiudicherebbe oltremodo la libertà di circolazione dei cittadini che invece il *ne bis in idem* mira a rafforzare»¹⁴⁴.

3. Disamina delle pronunce suscettibili di impedire l'instaurazione di un secondo giudizio

Come noto, l'art. 649 c.p.p. riconosce effetti preclusivi ad un secondo giudizio per lo stesso fatto solamente qualora la sentenza sia passata in giudicato, ossia quando la pronuncia giurisdizionale non sia più suscettibile di essere impugnata, vuoi per decorrenza termine, vuoi per esaurimento degli strumenti di impugnazione. Analoghi ma meno stabili effetti preclusivi sono riconosciuti anche alla sentenza di non luogo a procedere per la quale non sia intervenuta la revoca ai sensi dell'art. 434 c.p.p., nonché per il provvedimento di archiviazione sino a quando non il giudice per le indagini preliminari non autorizzi il pubblico ministero a riaprire le indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p.

Alla (apparente) linearità del quadro interno non corrisponde una normativa di dettaglio nell'ordinamento sovranazionale, in quanto, per l'ovvia ragione connessa all'esigenza di poter essere applicata da uno sterminato numero di sistemi nazionali, le fonti europee si limitano a prevedere norme di principio che, in buona sostanza, vietano di giudicare più di una volta per lo stesso fatto, una volta che sia intervenuta una sentenza definitiva.

L'art. 4, Prot. 7 CEDU e l'art. 50 CDFUE si limitano a vietare un secondo giudizio qualora per lo stesso fatto la persona sia già stata assolta o condannata con sentenza definitiva. L'art. 54 CAAS, d'altra parte, aggiunge un *quid pluris*,

¹⁴⁴ C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 1613.

precisando che, in caso di condanna, l'effetto preclusivo è sottoposto alla condizione che «la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita».

Orbene, nessuna delle norme in esame richiama i parametri in forza dei quali gli ordinamenti nazionali conferiscono alla sentenza irrevocabile l'autorità di cosa giudicata. Al contrario, le condizioni a cui la CAAS sottopone l'effetto preclusivo costituiscono invero un significativo inedito per la tradizionale procedura dell'esecuzione penale italiana, per la quale l'irrevocabilità della sentenza costituisce il presupposto per l'esecuzione dell'ordine contenuto nell'imperio giudiziale, essendo irrilevante, ai fini del divieto di un secondo giudizio, che tale ordine sia eseguito o meno. Per la fonte europea, invece, il momento in cui l'effetto preclusivo spiega i propri effetti viene sensibilmente posticipato.

Si può inoltre osservare che, sotto tale profilo, in ambito europeo ricorrere al concetto di cosa giudicata in materia penale può essere, in certa misura, fuorviante se si considera il significato che l'espressione assume per l'ordinamento interno. Se, infatti, la cosa giudicata si ritiene sia costituita dalle due opposte forze della *actio iudicati* e della *exceptio rei iudicati*, non può non registrarsi, nell'ordinamento europeo il difetto della prima. Manca, cioè, «il titolo esecutivo per realizzare coattivamente la pretesa punitiva fattasi valere con l'azione penale»¹⁴⁵, posto che, oltre a non esistere, quantomeno sino ad oggi, alcuna azione penale europea, nemmeno esiste alcuna pretesa punitiva sovranazionale, visto che gli Stati (membri o contraenti) hanno sì limitato il loro *ius puniendi*, ma – certamente – non vi hanno rinunciato.

Ciò osservato, proprio per l'impossibilità di ricavare dal dato normativo gli elementi per desumere cosa debba intendersi per sentenza definitiva, l'arduo compito è stato necessariamente demandato all'opera ermeneutica delle Corti europee, dovendosi attribuire il ruolo di protagonista alla Corte di Giustizia dell'Unione europea che, a differenza del giudice di Strasburgo, è chiamata a vagliare anche la violazione del *ne bis in idem* internazionale.

¹⁴⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, UTET, Torino, 1956, Vol. IV, p. 453.

Il giudice europeo, dunque, si è trovato a dover rispondere a diverse questioni il cui quesito, di fatto, si risolveva nel comprendere se e come i più vari provvedimenti di chiusura di un procedimento penale fossero dotati di efficacia preclusiva.

Innanzitutto, ma la considerazione appare quasi superflua, occorre rilevare che il *ne bis in idem* non sottopone in alcun modo la propria efficacia all'esito del processo, anche nel caso di assoluzione. L'assunto, oltre che da un dato testuale (posto che sia l'art. 4, Prot. 7 che l'art. 50 CDFUE fanno espresso riferimento anche alle sentenze di assoluzione), può essere altresì desunto dalla circostanza che «nel sottolineare che, in caso di condanna la preclusione al nuovo giudizio risulta condizionata all'esecuzione (o all'impossibilità di esecuzione) della pena, l'art. 54 CAAS si spinge a fare una precisazione che risulterebbe superflua se la garanzia del *ne bis in idem* fosse circoscritta alle sentenze di condanna»¹⁴⁶.

La prima importante pronuncia sul tema, oltremodo significativa poiché costituisce la prima sentenza relativa all'art. 54 CAAS, nonché la prima sulle norme del sistema Schengen¹⁴⁷, è quella emessa dalla Corte di giustizia nelle cause riunite *Gözütok e Brügge*¹⁴⁸, a seguito di due distinti rinvii pregiudiziali sollevati dalle autorità giudiziarie della Germania e del Belgio che, in ragione della sovrapponibilità del *petitum*, venivano trattate congiuntamente.

In particolare, il cittadino turco Gözütok, a seguito di una perquisizione nella quale era trovato in possesso di un determinato quantitativo di sostanza stupefacente, veniva sottoposto a procedimento penale per il quale non veniva esercitata l'azione penale avendo l'accusato versato, in via transattiva e negoziata con il pubblico ministero, una somma di denaro. Per gli stessi fatti, essendosi instaurato un procedimento penale anche in Germania, il signor Gözütok veniva condannato ad una pena detentiva di anni uno e mesi cinque di reclusione dal pretore, quindi prosciolto dal tribunale in applicazione dell'art. 54 CAAS e, a

¹⁴⁶ P.P. PAULESU, *Riflessioni*, cit. p. 648.

¹⁴⁷ M.G. GARBAGNATI KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell'Unione europea?*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 423; I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 497.

¹⁴⁸ Corte di Giustizia, sentenza dell'11 febbraio 2003, cause riunite c-187/01, *Gözütok*, e c-385/01, *Brügge*.

seguito dell'impugnazione del pubblico ministero, l'Oberlandesgericht Köln interrogava, in via pregiudiziale, la Corte di Giustizia chiedendole se l'estinzione dell'azione penale a seguito di una procedura negoziata dal solo pubblico ministero, senza nessun vaglio da parte del giudice, fosse equiparabile alla nozione di sentenza definitiva¹⁴⁹.

Nella già citata sentenza *Van Straaten*, la Corte, peraltro, ha avuto modo di precisare che la sentenza assolutoria è dotata di efficacia preclusiva ad un secondo giudizio anche nel caso in cui sia stata emessa per insufficienza di prove. Come efficacemente osservato, l'assunto a cui è pervenuto il giudice europeo, oltre a palesarsi come abbastanza scontato, risponde ad un'esigenza di tutela del *ne bis in idem* di natura sostanziale¹⁵⁰. Se così non fosse - se, cioè, soltanto una sentenza di condanna (o una sentenza che, pur senza condannare o applicare una pena, contenga almeno una dichiarazione di colpevolezza) potesse generare il *ne bis in idem* - rimarrebbe fortemente frustrata la funzione del principio e si creerebbero, per di più, indebite confusioni con l'esigenza materiale di non punire una seconda volta per lo stesso fatto.

Per quanto concerne la questione parallela, l'imputato Brügge, accusato in Belgio di lesioni personali nei confronti di una donna, veniva rinviato a giudizio davanti al giudice penale belga. Pochi mesi dopo, l'imputato accettava una proposta di patteggiamento del pubblico ministero tedesco, a seguito della quale, effettuato il pagamento della somma di denaro richiesta, veniva disposta l'archiviazione del procedimento da parte dello stesso pubblico ministero. Il giudice belga, pertanto, si rivolgeva alla Corte di Giustizia chiedendo se «l'applicazione dell'art. 54 [della CAAS] consenta al pubblico ministero belga di rinviare a giudizio dinanzi al giudice penale belga e di far condannare in tale sede un cittadino tedesco, nell'ipotesi in cui a quest'ultimo per gli stessi fatti sia stata proposta dal pubblico

¹⁴⁹ «Se per la Repubblica federale di Germania si verifichi l'estinzione dell'azione penale ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen nel caso in cui, secondo il diritto olandese, per la stessa fattispecie l'azione penale sia estinta sul piano nazionale. Se ciò valga in particolare anche nel caso in cui una decisione del Pubblico ministero che ordina l'archiviazione del procedimento, previa esecuzione delle sanzioni imposte (nel diritto olandese, "transactie"), escluda la possibilità di esperire l'azione penale dinanzi ad un giudice olandese mentre, secondo il diritto di altri Stati membri, una tale decisione richiederebbe un'approvazione del giudice».

¹⁵⁰ T. RAFARACI, *Ne bis in idem. Conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 629.

ministero tedesco l'archiviazione della causa in cambio di una sanzione pecuniaria, ed egli abbia provveduto al pagamento».

Il giudice europeo risponde affermativamente ad entrambi i quesiti proposti rifuggendo ogni tipo di formalismo, sia interno che sovranazionale, posto che la fiducia reciproca, *conditio sine qua non* per la tenuta del sistema Schengen, giocoforza impone di obliterare ogni sorta di tradizionale catalogazione interna: «l'applicabilità del principio è diretta conseguenza dell'accertamento "sostanzialmente" preclusivo del giudicato straniero secondo le norme di procedura dello Stato *a quo*, a nulla rilevando la formulazione letterale dell'art. 54 della Convenzione applicativa che annovera le sole "sentenze" definitive, vale a dire provvedimenti giurisdizionali emessi da un "giudice", a contenuto decisorio, generalmente terminativi di un grado di giudizio ovvero di una fase processuale»¹⁵¹.

Non importa, osserva la Corte, che la decisione non venga ratificata da un'autorità giurisdizionale, intesa quale potere dotato di *ius dicere*. Ciò che rileva è, da una parte, che la decisione di estinguere l'azione penale sia emessa da un'autorità che, per la legislazione nazionale, sia legittimata ad emetterla, autorità che, in altri termini, abbia titolo per amministrare la giustizia, e, dall'altra, che gli effetti di estinzione dell'azione penale siano subordinati ad un obbligo che colpisca (in certa misura retribuisca) il comportamento illecito dell'imputato¹⁵².

Nel caso *Miraglia*¹⁵³, la Corte di giustizia, pur senza mutare la base del proprio ragionamento, giungeva a conclusioni opposte¹⁵⁴. Il cittadino italiano che dava il nome al ricorso veniva sottoposto a duplice procedimento penale, sia in Italia che nei Paesi Bassi, con brevi periodi di privazione della libertà personale in custodia cautelare, per importazione in Italia (esportazione dall'Olanda) di sostanza stupefacente.

¹⁵¹ S. ASTARITA, Ne bis in idem e archiviazione: tra rimedi sanzionatori e spirito europeo, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1161.

¹⁵² A. CIAMPI, La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva" e le condanne "pateggiate", in *Int'l lis*, 2003, p. 119.

¹⁵³ Corte di Giustizia, quinta sezione, sentenza del 10 marzo 2005, causa c-469/03, *Miraglia*; S. RIONDATO, *Limiti del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 520.

¹⁵⁴ C.M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Utet, Torino, 2011, p. 737.

Dopo che il GUP italiano ne disponeva il rinvio a giudizio, il pubblico ministero olandese “chiudeva” il procedimento perché per gli stessi fatti era stata esercitata l’azione penale in Italia.

L’autorità giudiziaria italiana, vista cristallizzata la sua giurisdizione dalla rinuncia dei Paesi Bassi, rivolgeva al pubblico ministero olandese una richiesta di assistenza giudiziaria, richiesta sorprendentemente respinta per contrasto con il *ne bis in idem*. Per tale motivo veniva proposto il rinvio pregiudiziale da parte dell’autorità giudiziaria italiana, posto che, fra l’altro, l’unico precedente sull’art. 54 CAAS non accoglieva il suggerimento dell’avvocato generale di stabilire se «la decisione idonea a costituire *ne bis in idem* [dovesse] sempre comunque contenere un accertamento circa la responsabilità dell’imputato»¹⁵⁵.

Orbene, *ictu oculi* la rinuncia all’azione penale, senza alcuna irrogazione di sanzione e senza alcun accertamento nel merito se non nella misura in cui accertava la pendenza per gli stessi fatti di un procedimento in uno Stato contraente della CAAS, più che violare tutela il principio del *ne bis in idem*. Tuttavia, come osservato dal giudice bolognese, un rifiuto all’assistenza giudiziaria sulla base di un’asserita definitività del provvedimento di rinuncia all’azione penale «priva i due Stati interessati di ogni concreta possibilità di fare in modo che le responsabilità dell’imputato vengano effettivamente esaminate».

La Corte, pertanto, si allinea con l’assunto prospettato dal Tribunale di Bologna, stabilendo che «il provvedimento di chiusura del procedimento è un atto di rito e non di merito che non fa scattare alcun limite all’attività di giudici di altri Stati contraenti»¹⁵⁶. Ed invero, il punto nevralgico della questione è dato proprio dal fatto che la richiesta italiana veniva respinta applicando l’art. 255 c.p.p. olandese ai sensi del quale la chiusura del procedimento equivale alla sentenza definitiva¹⁵⁷.

¹⁵⁵ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*. cit., p. 627.

¹⁵⁶ M. CASTELLANETA, *L’archiviazione in altro Stato non fa scattare il «ne bis in idem»*, in *Guida dir.*, 2005 (12), p. 108.

¹⁵⁷ A. FABBRICATORE, *Il ne bis in idem e Corte di giustizia: ancora un chiarimento sulla nozione di “sentenza definitiva”*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1172.

Se la risposta della Corte si rivela abbastanza scontata, non ci si può esimere da una breve disamina del significato occulto, celato fra le righe della pronuncia, aderendo alle conclusioni di attenta dottrina¹⁵⁸.

Per quanto condivisibile nell'esito, la pronuncia in esame si caratterizza per un'inedita, pressoché totale, mancanza di rigore da parte della Corte in punto ricevibilità del ricorso. Innanzitutto, la peculiarità è data dallo stesso atto introduttivo: il Tribunale di Bologna, di fatto, non chiede un'interpretazione dell'art. 54 CAAS, bensì un sindacato sul rifiuto, ai sensi dell'art. 2 della CEAG¹⁵⁹, opposto dai Paesi Bassi, posto che non viene nemmeno revocato in dubbio il fatto che il provvedimento di chiusura olandese non abbia efficacia preclusiva al procedimento italiano, tanto da prospettare «l'eventualità che il medesimo si svolga comunque»¹⁶⁰, anche al netto del permanere del rifiuto di cooperazione olandese. Nessun dubbio, poi, che, in linea di principio, sia quantomeno irrituale il fatto che la Corte risponda all'autorità giudiziaria italiana su un comportamento tenuto da quella olandese. La questione, pertanto, avrebbe dovuto essere dichiarata irricevibile.

L'Autrice citata individua le ragioni di questa mancanza di rigore in due profili: l'uno «“temporale” o meglio “inter-temporale”», l'altro, “contestuale”.

Quanto al primo, occorre rammentare che la causa *Miraglia* costituisce solamente il secondo caso in cui la Corte di giustizia è chiamata a vagliare la portata dell'art. 54 CAAS, di talché la fase embrionale dell'opera ermeneutica della Corte giustifica l'ampiezza del filtro di ricevibilità. Quanto al profilo contestuale, sono le dinamiche della cooperazione giudiziaria, le cui causali irrinunciabili sono fiducia reciproca e mutuo riconoscimento, in un percorso che parte dalla CAAS e passa per Tampere, ad imporre alla Corte di dover valutare non solo l'interpretazione di una data questione pregiudiziale, ma altresì un comportamento di uno Stato diverso dal

¹⁵⁸ A. CIAMPI, *Sull'ovvia inefficacia preclusiva della pronuncia di applicazione “preventiva” del principio del ne bis in idem*, in *Int'l lis*, 2005, p. 117.

¹⁵⁹ Convenzione Europea di Assistenza Giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959, per cui, ai sensi dell'art. 2, l'assistenza può essere rifiutata «se la Parte richiesta ritiene che l'esecuzione della domanda è di natura tale da nuocere alla sovranità, alla sicurezza, all'ordine pubblico o ad altri interessi essenziali del suo paese». Ai sensi di tale norma, l'Olanda poneva una riserva «nella misura in cui essa [la richiesta] riguarda un'accusa o un procedimento penale incompatibile con il principio del “ne bis in idem”; [...] nella misura in cui essa riguarda un'indagine su fatti per i quali la persona accusata di reato è perseguita nei Paesi Bassi».

¹⁶⁰ A. CIAMPI, *Sull'ovvia inefficacia*, cit., p. 117.

ricorrente che si frapponga al fine individuato dall'ex art. 2 TUE (oggi art. 3), ossia, in buona sostanza, «conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne (...) la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima».

La sentenza *Miraglia*, confermando in buona sostanza il percorso argomentativo della precedente *Gözütok e Brügge*, apre la strada per affermare che affinché si possa integrare la “sentenza definitiva” occorre che la sentenza (*id est* il provvedimento) abbia esaminato nel merito i fatti rilevanti.

Nel caso *Gasparini*¹⁶¹, in adesione, peraltro, alla linea espressa nella sentenza emessa lo stesso giorno nel già citato caso *Van Straaten*, la Corte stabilisce che anche un'assoluzione per intervenuta prescrizione integra i requisiti di sentenza definitiva ai sensi dell'art. 54 CAAS, posto che diversamente opinando (e, in tal senso, ritorna il profilo “contestuale”) non sarebbe assicurata la fiducia reciproca, nonché sarebbe pregiudicato lo scopo, sotteso all'art. 54 CAAS, «di evitare che una persona, a causa del fatto che esercita il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri».

Nel caso *Turansky*¹⁶², la Corte precisa ulteriormente, rispondendo al seguente quesito proposto dall'autorità giudiziaria austriaca: «Se il principio *ne bis in idem*, contenuto nell'art. 54 della [CAAS], debba essere interpretato nel senso che osta all'esercizio dell'azione penale nella Repubblica d'Austria nei confronti di un sospettato, quando il procedimento penale avviato nella Repubblica slovacca per la stessa fattispecie, dopo la sua adesione all'Unione europea, è stato archiviato dopo che un'autorità di polizia, previo esame nel merito e senza sanzioni, ha posto esecutivamente fine al procedimento ordinandone l'interruzione». Orbene, ai fini della decisione pregiudiziale, rileva il fatto che il provvedimento di interruzione emesso Nella Repubblica Slovacca non fosse definitivo nemmeno per l'ordinamento slovacco, sicché, *a fortiori*, non può considerarsi tale nemmeno ai fini dell'ordinamento CAAS¹⁶³.

¹⁶¹ Corte di giustizia, prima sezione, sentenza del 28 settembre 2006, causa c-467/04, *Gasparini*.

¹⁶² Corte di giustizia, sesta sezione, sentenza del 22 dicembre 2008, causa c-491/07, *Turansky*.

¹⁶³ D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 1422.

Più recentemente, con sentenza 5 giugno 2014¹⁶⁴, la Corte tratta dell'efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere. Sebbene l'esito sia l'opposto, il percorso argomentativo del giudice europeo, in linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale¹⁶⁵, non differisce dal precedente *Turansky*.

M., accusato di violenza sessuale nei confronti di una minore, dopo un'attività istruttoria nel corso della quale venivano raccolti diversi elementi di prova, veniva prosciolto con una «decisione di non luogo a procedere per insufficienza di elementi a carico» all'esito della camera di consiglio del *Tribunal de première instance* di Mons (Belgio). Il provvedimento veniva confermato dalla *Chambre des mises en accusation della cour d'appel* di Mons, prima, e, quindi, dalla *Cour de cassation* belga. Vale la pena rilevare che, al pari della sentenza di non luogo a procedere di cui all'art. 425 c.p.p., l'analogo provvedimento belga può essere revocato solo in caso di sopravvenienza di nuovi elementi di prova.

Per gli stessi fatti, l'accusato veniva rinviato a giudizio davanti al Tribunale di Fermo che, nonostante l'opposizione di parte civile e pubblico ministero i quali ritenevano che la pronuncia belga non potesse considerarsi una sentenza definitiva che raggiungesse un approfondimento nel merito, rivolgeva alla Corte di giustizia il seguente quesito: «Se una sentenza definitiva di non luogo a procedere che sia stata emessa [dal giudice di] un paese dell'Unione europea che aderisce alla CAAS all'esito di un'ampia istruttoria svolta in sede di indagini nell'ambito di un procedimento che potrebbe essere riattivato in presenza di nuove prove abbia efficacia preclusiva all'apertura o alla celebrazione di un processo per i medesimi fatti e nei confronti della stessa persona in un altro Stato contraente».

La Corte, *in primis*, si esprime sull'appartenenza della «decisione di non luogo a procedere pronunciata in seguito ad un'istruttoria nel corso della quale sono stati raccolti ed esaminati diversi mezzi di prova» alle valutazioni di merito, posto che contiene «una decisione definitiva sul carattere insufficiente di tali prove ed esclude qualsiasi possibilità che la causa sia riaperta sulla base del medesimo complesso di indizi». Rileva, inoltre, che la pronuncia belga è passata in giudicato.

¹⁶⁴ Corte di giustizia, quarta sezione, sentenza del 5 giugno 2014, causa c-398/12, *M*.

¹⁶⁵ D. VOZZA, *Non luogo a procedere e ne bis in idem nell'Unione europea: l'Avvocato Generale opta per il connubio*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 28 aprile 2014.

Orbene, la Corte si guarda bene dal negare la possibilità che il processo sia riaperto in caso di sopravvenienza di nuovi elementi, ricorrendo, via art. 50 CDFUE così come interpretato dalla sentenza *Fransson*, C-617/10, al richiamo all'art. 4, Prot. 7, CEDU, il cui paragrafo 2 appunto prevede la possibilità di riapertura. Senonché, tale evenienza non può pregiudicare il carattere definitivo della sentenza¹⁶⁶.

Nel caso *Kossowski*¹⁶⁷, la Corte di giustizia, adita dal Tribunale superiore regionale di Amburgo, torna sull'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione. Il Kossowski era accusato in Germania del reato di estorsione aggravata ai fini di rapina per fatti commessi ad Amburgo, utilizzando un'autovettura. Fermato pochi mesi dopo in Polonia per un'altra vicenda, da un'istruttoria condotta sull'autovettura, le autorità polacche prendevano conoscenza del reato presuntivamente commesso in Germania e, per tali fatti, aprivano un procedimento penale che, successivamente, veniva archiviato per l'impossibilità di ascoltare la vittima e un teste *de relato* residenti in Germania, nonché per il rifiuto, peraltro legittimo, dell'accusato di deporre. Il provvedimento, non essendo stato impugnato, diveniva definitivo. Dopo che le autorità polacche negavano l'esecuzione di un MAE richiesto dalla Germania, il Sig. Kossowski veniva comunque arrestato a Berlino. Il Tribunale regionale di Amburgo rigettava la richiesta di rinvio a giudizio evidenziando l'improcedibilità ai sensi dell'art. 54 CAAA e, pertanto, la procura impugnava il provvedimento davanti al giudice del rinvio, il quale formulava due distinte questioni. La prima¹⁶⁸ verteva sulla validità della riserva formulata dalla Germania ai sensi dell'art. 55 CAAS, ma, purtroppo, veniva sviata dalla Corte che decideva di pronunciarsi preliminarmente sulla seconda il cui esito permetteva di omettere il giudizio richiesto¹⁶⁹. La seconda era la seguente: «se il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 54 della CAAS

¹⁶⁶ R. CONTI, *Osservatorio della Corte di giustizia – Principio del ne bis in idem*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1144, per cui «Tale possibilità implica l'avvio eccezionale, e in base ad elementi probatori differenti, di un procedimento distinto, piuttosto che la mera continuazione del procedimento già concluso. Inoltre, tale riapertura può essere ammessa unicamente nello Stato contraente sul cui territorio tale decisione è stata emessa».

¹⁶⁷ Corte di giustizia, grande camera, sentenza del 29 giugno 2016, causa c-486/14, *Kossowski*.

¹⁶⁸ Il tema sarà trattato nel paragrafo che segue.

¹⁶⁹ P. BERNARDONI, *Nuova pronuncia della Corte di giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva" e un'occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 luglio 2016.

e all'articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che osta all'esercizio dell'azione penale nei confronti di un accusato in uno Stato membro – nel caso di specie in Germania – quando il procedimento penale avviato a suo carico in un altro Stato membro – nel caso di specie in Polonia – è stato archiviato dalla procura per motivi oggettivi in virtù della carenza di elementi di prova sufficienti – senza l'adempimento di condizioni sanzionatorie e senza indagini dettagliate – e può essere riaperto soltanto ove emergano circostanze essenziali, prima sconosciute, senza che tali nuove circostanze sussistano tuttavia nello specifico».

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte non pare subire particolari stravolgimenti, allineandosi con i precedenti citati. La *ratio* del *ne bis in idem* è quella di sottrarre la persona dal pericolo di essere sottoposto a processo nello spazio europeo qualora nei suoi confronti, per i medesimi fatti, sia stata emessa in uno Stato membro una decisione definitiva, pronunciata a seguito di un esame condotto nel merito della causa. Tuttavia, l'art. 54 CAAS «non persegue la finalità di proteggere un sospettato dall'eventualità di doversi sottoporre ad ulteriori accertamenti, per gli stessi fatti, in più Stati contraenti», posto che un'interpretazione che tenga conto dei *dicta* di cui all'art. 3, paragrafo 2, TUE impone che, nella creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, non sia dimenticata la prevenzione e la lotta alla criminalità.

Ad avviso di chi scrive, tali premesse, unite al “sospetto” omesso riferimento al precedente *Van Straaten* (caso in cui la Corte conferì efficacia preclusiva alla sentenza di assoluzione per insufficienza di prove), paiono indicative della delicatezza della questione¹⁷⁰. Se, infatti, pochi dubbi sorgono sul fatto che attribuire efficacia preclusiva ad una rinuncia all'esercizio dell'azione penale per l'impossibilità di effettuare le indagini si risolverebbe in una sostanziale

¹⁷⁰ C. AMALFITANO, Sub *art. 50*, in R. MASTROIANNI, O. POLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1026, per cui «non può tuttavia non notarsi come in tale pronuncia la Corte di giustizia paia (i) sovrapporre o comunque “mescolare” il requisito del carattere definitivo della decisione straniera con quello della valutazione sostanziale effettuata dal giudice che la ha emessa e (ii) almeno parzialmente indietreggiare rispetto alle dichiarazioni di fiducia reciproca tra Stati membri che sempre hanno caratterizzato le sue sentenze in materia, dal momento che la verifica di merito circa il carattere (definitivo e) sostanziale della decisione straniera pare, oltre che effettuata dalla Corte, devoluta anche al giudice dello Stato di “riconoscimento”, senza più incondizionatamente rimettersi alle (ovvero “fidarsi” delle) specificità del sistema di provenienza della decisione».

ingiustificata impunità nei confronti dell'accusato, con ciò che ne consegue in termini di giustizia sostanziale, più complesso, nel caso in esame, sembrerebbe argomentare che la decisione dell'autorità polacca non costituisca un accertamento nel merito, posto che, a ben vedere, questo tipo di archiviazione anticipa, di fatto, l'assoluzione per insufficienza di prove.

Del resto, se nel caso *Van Straaten*, in ipotesi, il pubblico ministero avesse optato per una soluzione di segno diverso, chiedendo ed ottenendo il rinvio a giudizio e, all'esito dello stesso, fosse stata emessa una sentenza assolutoria per insufficienza di prove, il pregiudizio in termini di giustizia sostanziale sarebbe stato il medesimo.

La Corte, sul rilievo che «la mancata audizione della vittima e di un eventuale testimone costituisce un indizio del fatto che nel procedimento principale non è stata condotta un'istruzione approfondita», esclude che il provvedimento di archiviazione costituisca un accertamento definitivo nel merito.

In conclusione, la Corte sceglie, nel caso di specie in maniera condivisibile, di far prevalere la sostanza sulla forma¹⁷¹, forse anche preoccupata dalla possibilità che un qualsiasi timido tentativo di aprire un processo in uno Stato membro possa pregiudicare un processo per gli stessi fatti nello luogo in cui, naturalmente, dovrebbe celebrarsi.

Per far fronte a simili evenienze, un importante ausilio sarà offerto dalla pur embrionale disciplina per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione di cui alla decisione quadro 2009/948/GAI.

3.1. Le riserve di cui all'art. 55 CAAS alle prese con l'art. 50 CDFUE ...

Come in precedenza osservato, le due fonti che disciplinano il principio del *ne bis in idem* nell'ambito della piccola Europa, pur esprimendo la medesima *regula iuris*, presentano, per quanto rileva in questa sede, due significative differenze: a

¹⁷¹ S. CAPORALE, *Ne bis in idem internazionale. Il provvedimento di archiviazione non sempre chiude definitivamente il processo*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 876.

fronte di una formulazione più sintetica e perentoria a cui corrisponde una portata applicativa decisamente più ampia¹⁷² per quanto riguarda l'art. 50 CFDUE, si contrappone la più dettagliata e descrittiva formulazione della CAAS, la cui disciplina, oltre a prevedere all'interno dello stesso art. 54 le cosiddette condizioni di esecuzione, concede agli Stati contraenti la possibilità di formulare delle riserve di applicazione alla stessa operatività del principio.

Più precisamente, l'art. 55 CAAS, in virtù del fatto che in talune specifiche ipotesi «più forte è il legame con lo Stato e più sentita quindi l'esigenza di esercitare la propria giurisdizione come espletamento della propria sovranità»¹⁷³, concede agli Stati membri la possibilità di non applicare il *ne bis in idem* nei casi in cui: (i) i fatti su cui cade il giudicato straniero siano avvenuti in tutto o in parte sul territorio interno, salvo il caso in cui i fatti siano avvenuti in parte nello Stato in cui è stata emessa la sentenza (clausola di territorialità¹⁷⁴); (ii) i fatti giudicati all'estero costituiscano un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente (principio di personalità passiva); (iii) i fatti da (ri)giudicare siano stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio (principio di personalità attiva)¹⁷⁵.

Come noto, l'Italia ratificava la CAAS avvalendosi di tutte e tre le ipotesi di riserva di cui all'art. 55¹⁷⁶.

Per converso, nessuna di tali procedure, tipicamente pattizie, ha interessato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, atto normativo che, *ça va sans dire*, pattizio non è.

Pertanto, ci si è chiesti se, considerate la perentorietà dell'art. 50 CDFUE che rifuggente ogni logica di compromesso nell'applicazione del principio e la supremazia gerarchica della Carta (diritto primario) sulla Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen (diritto derivato), le riserve di cui all'art.

¹⁷² C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3891.

¹⁷³ N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurolunitarie. Questioni irrisolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1399.

¹⁷⁴ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, cit., p. 59.

¹⁷⁵ N. RECCHIA, *Il ne bis in idem*, cit., p. 1399, per cui la riserva è espressione del principio di personalità attiva.

¹⁷⁶ Art. 7, l. 30 settembre 1993, n. 388.

55 CAAS siano ancora vigenti o, meglio, applicabili, ovvero se si possa procedere ad un'applicazione diretta della Carta di Nizza con disapplicazione delle norme con essa incompatibili.

Al riguardo, tuttavia, occorre compiere qualche passo indietro e ripercorrere le tappe che hanno portato all'emergere delle antinomie fra le due fonti. In primo luogo, al 1997, quando con il Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen, allegato al Trattato di Amsterdam, la CAAS, l'Accordo di Schengen e tutti gli accordi connessi (ad eccezione delle dichiarazioni di riserva) venivano incorporati nel diritto comunitario. Si passa, quindi al 1999, quando la Decisione 1999/436/CE del Consiglio del 20 maggio 1999 offriva la base giuridica per l'applicazione delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis* di Schengen individuandola negli artt. 34 e 31 del TUE. Si arriva, infine, al 2009, quando con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza, ai sensi dell'art. 6 TUE, acquisiva lo stesso valore giuridico dei Trattati, divenendo, ad ogni buon conto, diritto primario dell'Unione europea¹⁷⁷.

Ulteriore profilo critico è dato dal fatto che l'integrazione dell'*acquis* nel Trattato di Amsterdam è avvenuta al netto delle dichiarazioni di riserva che, pertanto, sia per una ragione ontologica, trattandosi di dichiarazioni unilaterali, sia *de facto*, non costituiscono nemmeno diritto derivato, null'altro essendo se non dichiarazioni di riserva tipiche di uno strumento pattizio che, peraltro¹⁷⁸, ha evidentemente mutato natura e "collocazione".

Tuttavia, tale mancata integrazione viene in un certo modo mitigata dalle Spiegazioni alla Carta di Nizza¹⁷⁹ in cui, all'art. 50, è stabilito che le «molto limitate» eccezioni «sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'art. 52, paragrafo 1, sulle limitazioni»¹⁸⁰.

¹⁷⁷ N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, 73; G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem nel contesto della cooperazione giudiziaria: primi orientamenti della Corte di giustizia*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3179.

¹⁷⁸ M. CASTELLANETA, *Sub art. 50 CDFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Cedam, Padova, 2014, p. 1785.

¹⁷⁹ Reperibile, ad esempio, in <http://www.giurcost.org>.

¹⁸⁰ L'art. 52, paragrafo 1, come noto, disciplina le eventuali limitazioni ai diritti garantiti nella Carta, sottoponendole ad una previa previsione normativa, nonché, in ogni caso, al rispetto del contenuto essenziale del diritto, avendo riguardo al principio di proporzionalità.

A trarre il *troppo e 'l vano* dal variegato contesto normativo, in modo da offrire una risposta ermeneutica alla sovrapposizione antinomica di fonti, sarebbe dovuta intervenire la Corte di giustizia, la quale, tuttavia, ha affrontato la questione in due sole occasioni: la prima¹⁸¹ solo incidentalmente, la seconda decidendo di non decidere¹⁸².

L'interprete, dunque, altro non può fare se non misurarsi con le (poche) pronunce dei giudici nazionali che si sono trovati ad affrontare la tematica dei rapporti tra CAAS e art. 50 CDFUE.

Si registrano, in tal senso, limitate decisioni¹⁸³, pressoché unanimemente criticate per non aver interpellato la Corte di giustizia¹⁸⁴ (col senno di poi, comprensibilmente, posto che la Corte, alla prima occasione, si è astenuta dal tanto auspicato chiarimento).

Nel caso ellenico, la Suprema Corte nazionale affermava che, nell'ipotesi di giudicato estero intervenuto su fatti inerenti la violazione delle norme sugli stupefacenti (caso espresso della riserva ellenica ai sensi dell'art. 55 CAAS) dovesse essere declinata la giurisdizione greca stante l'inapplicabilità delle riserve ai sensi dell'art. 55 a seguito dell'entrata in vigore della Carta di Nizza che, appunto,

¹⁸¹ Corte di giustizia, sesta sezione, sentenza del 22 dicembre 2008, causa c-491/07, *Turansky*, § 29: la Corte non si pronunciava espressamente sulla validità delle riserve, ma si limitava ad affermare che nel caso di specie lo stesso meccanismo di limitazione non avrebbe comunque trovato applicazione in ragione del fatto che lo stesso Stato che nel cui interesse era prevista riserva (Repubblica d'Austria) aveva richiesto l'instaurazione del procedimento all'altro Stato contraente (Repubblica slovacca), evenienza che ai sensi dell'art. 55, § 4 rende non operativa la riserva di cui sopra.

¹⁸² Corte di giustizia, grande camera, sentenza del 29 giugno 2016, c-486/14, *Kossowski*. Venivano prospettate due differenti questioni: la prima afferente la validità delle riserve di cui all'art. 55 CAAS alla luce dell'art. 50 CDFUE, la seconda, sull'interpretazione della nozione di sentenza definitiva. La Corte "dribblava" la risposta al primo quesito invertendo l'ordine delle domande: «Poiché il problema dell'eventuale applicabilità dell'eccezione alla regola del *ne bis in idem* riportata all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS si pone solo qualora, in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, una persona sia stata "giudicata con sentenza definitiva", ai sensi dell'articolo 54 della CAAS, nel qual caso la suddetta regola dovrebbe quindi trovare applicazione, occorre rispondere anzitutto alla seconda questione». La risposta al primo quesito nel senso della non equiparabilità del provvedimento di archiviazione senza esame nel merito da parte del pubblico ministero, preclude l'esame dell'altro quesito.

¹⁸³ In ordine cronologico: Trib. Reggio Calabria, 13 gennaio 2011, in *penalecontemporaneo.it*, 13 gennaio 2011; Corte Suprema della Repubblica Ellenica (*Areopag*) in seduta plenaria, sentenza 9 giugno 2011, rappresentata da J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, cit., p. 60 (nota 81); Trib. Milano, Uff. Indagini Preliminari, 6 luglio 2011, Giudice Dott. Curami, sentenza *ex art.* 425 c.p.p. in *penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2012.

¹⁸⁴ V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2017, p. 18; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, cit., p. 61.

renderebbe inapplicabili le riserve ai sensi dell'art. 55. In particolare, la Corte ellenica considera «l'art. 50 CDFUE come una previsione che non abbisogna di alcuna armonizzazione per essere attivata e giunge così alla conclusione che le riserve della Grecia in base all'art. 55 CAAS siano state abolite dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della CDFUE»¹⁸⁵.

Il giudice dell'udienza preliminare di Milano si assestava sullo stesso tracciato. Trattandosi di una pronuncia, allo stato, ancora unica nel genere, vale la pena ripercorrerne i passaggi argomentativi più significativi.

Il GUP era investito di una richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di due cittadini tedeschi per i reati di incendio doloso, sequestro di persona (ampiamente prescritti) ed omicidio volontario, per i quali gli imputati erano già stati condannati in Germania, con sentenza passata in giudicato, ad una pena, interamente espiata, di anni cinque e mesi sei di reclusione.

In ossequio al dettato normativo previsto dalla CAAS, il giudice italiano non avrebbe dovuto declinare la propria giurisdizione, posto che avrebbe trovato applicazione l'art. 7, l. n. 388 del 1993, trattandosi di reato *in toto* commesso in Italia e non sussistendo le altre condizioni in forza delle quali l'art. 55 CAAS permette agli Stati membri di non spogliarsi del loro *ius dicere*¹⁸⁶.

Tralasciando la ricostruzione in fatto, il primo passaggio argomentativo, per certi versi preliminare all'introduzione del tema centrale ai fini della soluzione del problema, si risolve in un fraintendimento. Il GUP, infatti, nella disamina delle norme che regolano il principio del *ne bis in idem*, afferma che l'art. 138 c.p. costituirebbe un'attenuazione alla rigidità dell'art. 11 c.p. che, come noto, sancisce l'irrelevanza del giudicato straniero. Se ciò, per certi versi, appare incontrovertibile, mal si cela una confusione concettuale fra *ne bis in idem* processuale e sostanziale. L'art. 11 c.p., infatti, è espressione del *bis in idem* (e non del *ne bis in idem*), ossia dell'obbligo di ripetere il processo per fatti commessi nel territorio dello Stato e si caratterizza, *a contrariis*, per essere un istituto di natura prettamente processuale. L'art. 138 c.p., per converso, prevedendo l'obbligo di scomputo della pena sofferta

¹⁸⁵ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, cit., p. 61.

¹⁸⁶ C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità*, cit. p. 1614.

all'estero, non si esprime sul doppio processo, ma si limita a vietare la doppia sanzione¹⁸⁷.

La sentenza prosegue, nel segno di un'affermazione del *ne bis in idem* quale diritto individuale della persona, elencando le numerose fonti ove la *regula iuris* trova cittadinanza, per arrivare alla disamina della normativa prevista dagli artt. 54 e 55 CAAS. Affronta, quindi, la disciplina del principio negli strumenti di cooperazione, rievoca le pronunce della Corte di giustizia e, infine, evidenzia le note differenze fra la formulazione della CAAS e quella della Carta, giungendo alla conclusione della «diretta ed immediata applicabilità al caso che ci occupa della norma generale sancita dall'art. 50 Carta di Nizza, che, avente rango primario, non può essere derogata da disposizioni contrastanti di diritto derivato o comunque limitatrici di un principio fondamentale».

Gli argomenti spesi dal giudice meneghino sono, in buona sostanza, due¹⁸⁸: da una parte, riconnettendosi ad una giustificazione gerarchica stante l'equiparazione, ad opera dell'art. 6, § 1, della Carta di Nizza ai Trattati, elevandola a diritto primario dell'Unione europea, non vi è ragione per continuare ad applicare le norme di diritto derivato che siano in contrasto con essa; dall'altra, argomento dirimente, ha ritenuto che le riserve non sono più da considerarsi vigenti posto che, come sopra accennato, esse non sono state incorporate nell'*acquis* di Schengen.

Unanimemente apprezzata in ragione dell'esito, la sentenza del GUP di Milano ha suscitato diverse perplessità per talune contraddizioni o scelte terminologiche, dando quasi l'impressione di aver speso ogni possibile argomento per raggiungere un fine comunque garantista, piuttosto che aver eletto e coltivato una via argomentativa priva di salti logici¹⁸⁹.

¹⁸⁷ D. VOZZA, *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea?*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, p. 146.

¹⁸⁸ V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 16.

¹⁸⁹ C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità*, cit., p. 1617, critica il *deficit* di approfondimento sulla mancata incorporazione delle dichiarazioni di riserva nell'*acquis* di Schengen, posto che, pur non mutando il risultato, «è ben diverso sostenere (i) che le eccezioni al *ne bis in idem* non possono più operare perché l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'Unione "copre" il solo art. 55 CAAS e non anche le dichiarazioni presentate dagli Stati membri sulla base di tale previsione prima dell'integrazione e non rinnovate successivamente, o invece (ii) che esse non sono più applicabili perché in contrasto con l'art. 50 Carta dei diritti fondamentali, che, sovraordinata gerarchicamente alla CAAS, sancisce l'operatività piena del principio, ovvero senza prevedere la possibilità di deroga». Inoltre, «benché sul piano interno la conseguenza della diretta applicabilità o dell'effetto diretto di una norma dell'Unione non muta, discendendo da entrambi la non applicazione della norma interna contrastante, come conferma la stessa giurisprudenza

Ciononostante, al netto di talune oggettive contraddizioni, la sentenza non può non apprezzarsi per il pragmatismo con cui afferma che la validità delle riserve si risolverebbe in una limitazione al diritto di non essere giudicati due volte per lo stesso fatto.

Si osserva che talune soluzioni ermeneutiche proposte da un'attenta dottrina che, formalmente in modo ineccepibile, si misurano con uno stato dell'arte desunto dal fatto che la Corte di giustizia, seppur in un *obiter dictum*, non ha espressamente negato l'attuale vigenza delle riserve di cui all'art. 55 CAAS¹⁹⁰, prestano il fianco a valutazioni discrezionali legate alla pretesa legittimità delle stesse nella misura in cui «lo Stato di condanna potrebbe non comprendere appieno il disvalore della condotta del soggetto attivo, poiché limitata solamente ad alcune porzioni del fatto»¹⁹¹.

Tuttavia, la strada ermeneutica sembrerebbe obbligata: le spiegazioni dell'art. 50 CDFUE rimandano esplicitamente alle eccezioni di cui all'art. 55 CAAS, di talché dovrà procedersi con una valutazione secondo i criteri indicati dall'art. 52, § 1: previsione legale, rispetto del nucleo essenziale della garanzia e proporzionalità di tali limiti. Se la previsione legale appare pacifica, ben difficilmente potrà sostenersi che le riserve di cui all'art. 55 CAAS rispettino il nucleo essenziale del diritto e, *a fortiori*, che il limite sia proporzionato.

Come anticipato, la Corte di giustizia nel caso *Kossowski* ha rinunciato alla possibilità di fornire un autorevole parere sulla validità delle riserve a seguito dell'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione. In particolare, il giudice europeo era stato investito della questione di pregiudizialità avente ad oggetto il seguente quesito: «Se le riserve formulate dalle parti contraenti all'atto della ratifica della CAAS ai sensi dell'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS – in particolare la riserva [relativa all'articolo 54 della CAAS] – continuino a valere dopo il trasferimento dell'*acquis* di Schengen nel contesto normativo

comunitaria richiamata sia dal giudice milanese, sia da quello calabrese, sarebbe più corretto parlare di “effetto diretto” dell'art. 50 Carta, istituto sempre utilizzato». Analogamente, V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 17.

¹⁹⁰ Il riferimento è al già citato caso *Turansky*.

¹⁹¹ N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurolunitarie. Questioni irrisolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1401.

dell'Unione con il [protocollo (n. 2) che integra l'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea], mantenuto dal [protocollo (n. 19) sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea]; se tali eccezioni costituiscano limitazioni proporzionate all'articolo 50 della Carta ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, di quest'ultima».

L'inversione dell'ordine di decisione sui quesiti, come poc'anzi osservato, ha privato gli interpreti di una statuizione in tal senso da parte della Corte. Ad ogni modo, una significativa presa di posizione è offerta dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot.

In primis, viene illustrato il piano dell'argomentazione. Secondo l'Avvocato Generale Bot non vi è alcun dubbio sul fatto che le riserve di cui all'art. 55 siano parte del diritto dell'UE, di talché occorre «stabilire se il contenuto di tale disposizione sia compatibile con lo stato attuale del diritto dell'Unione quale risulta, da una parte, dalla giurisprudenza della Corte e, dall'altra, dalle disposizioni della Carta, entrambe successive sia all'elaborazione della CAAS, sia alla sua integrazione a titolo di *acquis* di Schengen».

Le conclusioni non si caratterizzano certo per semplicità. Vale la pena, dunque, ripercorrerne i punti essenziali:

- l'art. 55, § 1, lett. a) deve essere inquadrato nel sistema di cooperazione giudiziaria, caratterizzandosi per un'evidente deroga al mutuo riconoscimento ed alla fiducia reciproca;
- l'integrazione delle riserve nel diritto dell'Unione, proprio in quanto finalizzato alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, non deve essere in contrasto con tale obiettivo;
- nessun dubbio sul fatto che l'applicazione della riserva svuoti «del suo contenuto il principio del *ne bis in idem*», sicché in ragione del «legame tra tale principio e quello del reciproco riconoscimento, nonché dell'importanza fondamentale di quest'ultimo per la costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, questa considerazione è, da sola, sufficiente per concludere nel senso che detta riserva dev'essere dichiarata invalida»;

- l'unica eccezione potrebbe essere rappresentata dalla «necessità di attribuire a siffatta riserva un effetto utile che vada nel senso di soddisfare un interesse superiore che non costituisca un effetto contrario all'elaborazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

A questo punto ci si sarebbe aspettati un percorso argomentativo sviluppato sulla proporzionalità dell'eccezione ai sensi dell'art. 52, § 1¹⁹², ma, sorprendentemente, il sentiero eletto dall'Avvocato Generale si allontana dalla retta via, ricorrendo ad ipotesi esemplificative appoggiate su arresti giurisprudenziali della Corte di giustizia di cui non si ha contezza¹⁹³. Se, infatti, potrebbe anche convenirsi sull'assunto in forza del quale è la stessa interpretazione offerta dal giudice europeo al concetto di *idem* a precludere l'instaurazione di un nuovo processo per lo stesso fatto, non possono però condividersi i richiami all'asserita rilevanza del movente del reato, mascherata quale contenuto dell'*idem factum*.

Indipendentemente dal percorso argomentativo, la conclusione dell'Avvocato Generale per cui le riserve previste dall'art. 55 CAAS privano il *ne bis in idem* del suo contenuto essenziale¹⁹⁴ non può che essere condivisa.

Del resto, si reputa di non equivocarsi nel «ritenere che le riserve operate in seno alla CASS, essendo riserve di Stati sovrani e non restrizioni decise da Stati membri dell'UE, abbiano poco senso in uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia e debbano quindi essere accantonate»¹⁹⁵.

Occorrerà, quindi, attendere che la Corte si pronunci sulla questione, liberando i giudici nazionali da decisioni che, per quanto figlie di uno spirito

¹⁹² M. SIMONATO, *Ne bis in idem in the UE: two important questions for the CJEU (Opinion of the AG in C.486/14 Kossowski)*, in *eurolawblog.eu*, 12 gennaio 2016.

¹⁹³ In particolare, l'Avvocato Bot, prendendo spunto da un esempio avanzato dal governo tedesco, afferma che un reato posto in essere con condotte violente, ispirato da un movente riconducibile ad ideologie naziste, e giudicato all'estero, non costituirebbe lo stesso reato se sussunto nella legge penale tedesca che censura l'apologia di nazismo. L'assunto, all'evidenza, non può essere condiviso, posto che il ricorso alla qualificazione giuridica appare lampante. Cfr. V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 21.

¹⁹⁴ C. AMALFITANO, *Sub art. 50*, cit., 1025. Al medesimo risultato, del resto, perviene, in un breve *obiter dictum*, anche l'Avvocato generale Niilo Jääskinen nelle conclusioni della causa *Spasic*, presentate il 2 maggio 2014, causa c-129/14, *Spasic*, § 77, per cui «Senza voler prendere posizione sulla questione di quale sia lo *status* degli articoli da 55 a 58 della CAAS rispetto all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, talune di dette disposizioni mi sembrano fissare chiaramente limitazioni al diritto fondamentale costituito dal principio del *ne bis in idem*».

¹⁹⁵ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, cit., p. 62.

garantista sino a vent'anni fa inimmaginabile, corrono il rischio di creare, piuttosto che interpretare, il diritto.

3.2. ... e le condizioni di esecuzione

Sempre in tema di rapporti fra art. 50 CDFUE e art. 54 CAAS occorre ora analizzare le cosiddette condizioni di esecuzione previste da quest'ultima norma in ragione della già ricordata perentorietà della disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, come noto, non sottopone la propria applicazione ad alcun tipo di eccezione.

Al contrario, l'art. 54 CAAS, ai fini dell'operatività del principio, prevede quale espressa condizione che la pena inflitta all'estero sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione ovvero, secondo la legge dello Stato di emissione della condanna, che l'esecuzione sia divenuta impossibile.

Nessun dubbio sul fatto che le condizioni di esecuzione abbiano un'essenza prettamente pattizia «in ambito ristretto quale è quello convenzionale»¹⁹⁶. In buona sostanza, in un sistema non orientato alla fiducia reciproca diventa giocoforza necessario, ai fini dell'operatività del *ne bis in idem* internazionale, scindere il momento del giudicato straniero dal momento dell'esecuzione. Diversamente opinando, si correrebbe il rischio di cedere ad intollerabili situazioni di impunità per la semplice presenza del giudicato straniero, non eseguito per le più varie ragioni (dall'inerzia dello Stato che ha emesso la sentenza, finanche alla fuga del reo): «il semplice fatto che uno Stato abbia agito per primo vanificherebbe le potenzialità repressive di qualsiasi altro Stato, talvolta con titoli di competenza legittimi e comunque più interessato o più idoneo, anche in assenza di certezze circa il superamento del rischio dell'impunità»¹⁹⁷.

Due, pertanto, sono i nodi interpretativi da risolvere: da una parte, occorre dar conto di come tali condizioni sono state interpretate dalla giurisprudenza

¹⁹⁶ N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 15 (nota 33).

¹⁹⁷ N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem»*, cit., p. 17.

europea; dall'altra, al pari di quanto avviene con le eccezioni di cui all'art. 55 CAAS, appare imprescindibile interrogarsi sull'attuale validità delle stesse avuto riguardo alla formulazione di cui all'art. 50 CDFUE che, come già osservato, non sottopone l'operatività del *ne bis in idem* a qualsivoglia eccezione o condizione.

La questione interpretativa sottesa all'attuale vigenza delle condizioni di esecuzione ripercorre, per certi tratti, quella pocanzi trattata sulle riserve di cui all'art. 55 CAAS. Anche in tale contesto, infatti, occorre interrogarsi sul rapporto fra la Carta e la Convenzione e, in particolare, fra l'art. 50 CDFUE e l'art. 54 CAAS con specifico riferimento alle condizioni di esecuzione. Due le soluzioni: o la Carta, diritto primario, ha implicitamente abrogato i contenuti con essa incompatibili dell'art. 54 CAAS, diritto derivato; ovvero «il rapporto fra le due norme andrebbe letto in chiave di specificazione dell'una, l'art. 54 CAAS, rispetto al principio (generale) posto dall'altra, l'art. 50 della Carta»¹⁹⁸.

Ricorrendo nuovamente all'ausilio ermeneutico delle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, per cui, all'art. 50, è espressamente previsto che «[L]e eccezioni, molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare alla regola “*ne bis in idem*” sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'articolo 52, paragrafo 1, sulle limitazioni», non può tacersi che, letteralmente interpretato, il termine “eccezioni” sembrerebbe più riferito alle riserve di cui all'art. 55 CAAS piuttosto che alle condizioni di esecuzione. Tuttavia, utilizzando il termine in senso atecnico, esso può ritenersi comprensivo delle condizioni in esame¹⁹⁹.

Come noto, la Corte di giustizia, chiamata a vagliare il rapporto fra le due norme nella causa *Spasic*²⁰⁰, disallineandosi dalle conclusioni dell'Avvocato

¹⁹⁸ A.F. TRIPODI, *Il ne bis in idem si configura coi suoi “limiti”: al vaglio di proporzionalità della Corte di giustizia la condizione d'esecuzione prevista dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 610.

¹⁹⁹ N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem*, cit., 75; A.F. TRIPODI, *Il ne bis in idem*, cit., p. 611.

²⁰⁰ Corte di giustizia, Grande Camera, sentenza del 27 maggio 2014, causa c-129/14, *Spasic*. Il cittadino serbo Goran Spasic era già stato giudicato in Italia per il delitto di truffa e condannato ad una pena detentiva e pecuniaria e, per gli stessi fatti, dopo essere stato consegnato tramite MAE dall'Austria, veniva nuovamente giudicato in Germania. L'imputato aveva pagato la pena pecuniaria, ma non aveva espiato la pena detentiva. Il giudice tedesco, dunque, interrogava la Corte con due questioni:

«1) Se l'articolo 54 della [CAAS] sia compatibile con l'articolo 50 della [Carta] nella parte in cui esso subordina l'applicazione del principio del *ne bis in idem* alla condizione che, in caso di

generale Niilo Jääskinen²⁰¹, non ha nemmeno preso in considerazione tale eventualità, assumendo che «la condizione supplementare contenuta all'articolo 54 della CAAS costituisce una limitazione del principio del *ne bis in idem* che è compatibile con l'articolo 50 della Carta, in quanto tale limitazione rientra nell'ambito delle spiegazioni relative alla Carta».

Dato tale punto di partenza, la Corte applica l'art. 52, § 1, CDFUE, dando conto dei tre passaggi principali²⁰².

In pochi passaggi liquida la sussistenza dei primi due requisiti: nessun dubbio sul rispetto della garanzia di natura legislativa all'evidenza offerto dall'art. 54 CAAS²⁰³; parimenti, il contenuto essenziale del diritto non appare messo in pericolo dal dettato della norma, in quanto «la suddetta condizione è segnatamente intesa ad evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti in un secondo Stato contraente e resti quindi, in definitiva, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta».

Più articolata risulta la verifica del rispetto del principio di proporzionalità e necessità.

condanna, la pena sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato di condanna, non possa più essere eseguita.

2) Se la summenzionata condizione, stabilita dall'articolo 54 della [CAAS], sia soddisfatta anche nel caso in cui sia stata data esecuzione solo a una parte (nel caso di specie: alla pena pecuniaria) di una sanzione inflitta nello Stato di condanna, composta di due parti autonome (nel caso di specie: una pena detentiva e una pena pecuniaria)».

²⁰¹ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 2 maggio 2014, causa c-129/14, *Spasic*, §§ 65 – 73, il quale, in definitiva, propende per un'incompatibilità delle condizioni con la Carta.

²⁰² Come noto, l'art. 52, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea permette, ad eccezione dei diritti assoluti che in quanto tali non sono suscettibili di seppur minime violazioni (ad esempio, il divieto di tortura di cui all'art. 4), che la portata di alcuni diritti possa essere limitata. Pone, al riguardo, tre condizioni: la garanzia di un atto di natura legislativa, il rispetto del contenuto essenziale del diritto e delle libertà della Carta, nonché il rispetto del principio di proporzionalità e necessità. Cfr. M. CASTELLANETA, *Sub art. 52 CDFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Cedam, Padova, 2014, p. 1792; N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem*, cit., 76, individua i quattro passaggi del test di proporzionalità: (i) sussistenza di un fine legittimo; (ii) idoneità della norma a raggiungere il fine legittimo; (iii) necessità della limitazione del diritto al fine di raggiungere il fine prefissato; (iv) proporzionalità in senso stretto, verifica se la limitazione del diritto, «pur essendo idonea e necessaria a raggiungere un fine legittimo riconosciuto dall'ordinamento, si ponga ciononostante in rapporto di sproporzione rispetto alla lesione del principio fondamentale, cosicché l'ordinamento debba scegliere tra il certo sacrificio di due interessi quello meno rilevante».

²⁰³ N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di giustizia sul caso Spasic*, in *Riv. int. priv. proc.*, 2016, p. 145.

In primo luogo, la Corte ritiene legittimo il fine perseguito dalla condizione di cui all'art. 54 CAAS, identificandolo con l'evitare l'impunità del condannato che "sfrutti" la libera circolazione per eludere una sentenza definitiva, ed idonea la strada eletta per perseguirlo. Tale obiettivo, del resto, appare del tutto in linea con quanto stabilito dall'art. 67 TFUE, nell'ottica di garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità.

In punto necessità della limitazione del diritto, il giudice europeo, pur senza negare l'esistenza di strumenti propri dell'ordinamento sovranazionale, opportunamente recepiti dai sistemi nazionali e finalizzati a salvaguardare la cooperazione fra Stati in materia penale, osserva come l'assenza di meccanismi cogenti che, appunto, impongano agli Stati membri l'esecuzione della pena ovvero del mandato di arresto europeo, determini la non idoneità «ad assicurare la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito». La condizione di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS, quindi, appare necessaria.

In altri termini, il fatto che l'efficacia dei citati strumenti di cooperazione sia comunque rimessa al consenso del condannato o ad una decisione dello Stato richiesto non assicura che il condannato non riesca a giovare dell'impunità.

La Corte, tuttavia, non esclude, ma la conclusione è poco meno che ovvia, «che i giudici nazionali competenti si contattino e avviino consultazioni al fine di verificare se esista un'effettiva intenzione, da parte dello Stato membro della prima condanna, di procedere all'esecuzione delle sanzioni inflitte»²⁰⁴.

Orbene, se taluni arresti della pronuncia non sembrerebbero suscettibili di critica, posto che, ad esempio, è ineccepibile il fatto che nella cooperazione giudiziaria in materia penale non possa prescindere da una decisione dello Stato richiesto, stupisce l'inedito mancato riferimento, mai nemmeno citato nella sentenza, alla fiducia reciproca, mentre poco convincente appare la chiamata in causa della decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali. In tal senso, infatti, pur dovendosi condividere i limiti che caratterizzano tale testo normativo, non può tacersi che la decisione quadro 2009/948/GAI si muove su un piano

²⁰⁴ N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale»*, cit., p. 148.

ontologicamente anteriore al *ne bis in idem*, mirando, appunto a prevenirlo piuttosto che a risolverlo²⁰⁵.

Il percorso seguito dall'Avvocato generale nella sua presa di posizione si allinea solo per alcuni passaggi su quelle della Corte.

Se le argomentazioni convergono per quanto concerne i primi due passaggi del giudizio di proporzionalità (legittimità dello scopo ed idoneità del mezzo per raggiungerlo), l'Avvocato Jääskinen effettua un netto distinguo rispetto a quella che sarà la decisione della Corte, in punto necessità della limitazione del diritto, assumendo che «il diritto dell'Unione fornisce attualmente gli strumenti giuridici di diritto derivato di natura meno intrusiva, i quali sono atti a consentire agli Stati membri di eseguire le sanzioni penali nei casi in cui il condannato si trovi in un altro Stato membro, nonché di scambiare le relative informazioni».

Inoltre, dalle pagine scritte dall'Avvocato generale si desume che non necessariamente ogni rifiuto ad una richiesta di un altro Stato membro implichi un rischio di impunità, posto che non può essere negato agli Stati membri un potere discrezionale sul come e quando eseguire una pena emessa dai giudici nazionali, in ragione delle più contingenti esigenze interne, dalla disponibilità degli istituti alle modalità di esecuzione della pena.

Per concludere, non può tacersi una buona dose di anacronismo nella decisione della Corte. Se, infatti, appare dirimente un argomento cronologico per affermare che le condizioni di esecuzione non sono più vigenti, posto che la Carta è sì posteriore alla CAAS, ma, più che altro, è la sua entrata in vigore quale diritto primario ad essere di molti anni successiva, più decisiva appare la circostanza, peraltro evidenziata anche dall'Avvocato Jääskinen, per cui molte fonti che abbiamo voluto definire “collaterali” facciano «riferimento al principio del *ne bis in idem* non accompagnato da una condizione di esecuzione»²⁰⁶.

²⁰⁵ N. GALANTINI, *Diritti e conflitti di giurisdizione* (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29), in F. RUGGIERI, (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Estratto, Giappichelli, Torino, 2017, p. 128.

²⁰⁶ Cfr. nota 87, Conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 2 maggio 2014, causa c-129/14, *Spasic*, per cui «V. articolo 1 della decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali (GU L 328, pag. 42); articoli 4 e 7 della decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie (GU L 76, pag. 16); articolo 7, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione

nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio (GU L 196, pag. 45); articolo 8, paragrafo 2, lettera a), della decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca (GU L 328, pag. 59); articolo 9, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro 2008/909, e articolo 11, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive (GU L 337, pag. 102). V. parimenti le modifiche apportate dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo (GU L 81, pag. 24)».

Capitolo terzo. Il principio del *ne bis in idem* al di fuori del processo penale tradizionale

SOMMARIO: **1** Premessa di merito e cenni sul principio di legalità – **2** Il doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale – **3.1** L'età dell'oro: il doppio binario sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte Edu ... – **3.2** ... e della Corte di giustizia ... – **3.3** ... alla presa della Bastiglia – **4.1** La restaurazione: *A e B c. Norvegia* ... – **4.2** ... in attesa del pronunciamento della Gran Camera della Corte di Giustizia nelle cause Menci, Garlsson Real Estate SA e a., Di Pume e Zecca – **5** ... Isola d'Elba o Sant'Elena?

1. Premessa di merito e cenni sul principio di legalità

Nella presente trattazione si è scelto, per esigenze meramente argomentative, di trattare il principio del *ne bis in idem* operando – inizialmente – una distinzione fra la dimensione sovranazionale e quella interna, affrontando, dunque, i due temi non congiuntamente, ma in successione. Alla fine dell'elaborato, si tenterà di “tirare le somme”, ossia si guarderà allo stato dell'arte relativamente a come e quanto il *ne bis in idem* europeo abbia inciso sulla portata applicativa del principio nella dimensione interna. Tale opzione argomentativa si giustifica anche sul rilievo che, per lunghi anni, l'ordinamento italiano e quello sovranazionale hanno seguito un percorso parallelo, guardandosi, ma mai incontrandosi; di talché, ci è parso appropriato procedere separatamente.

Ciononostante, il tema del capitolo che ci si appresta ad affrontare tradirà lo spirito della trattazione per un molteplice ordine di ragioni: in primo luogo, lo spazio che sarà dedicato al doppio binario sanzionatorio, per importanza, meriterebbe un'autonoma ed esclusiva trattazione; in secondo luogo, il tema è certamente influenzato, in misura maggiore rispetto ad altre sfaccettature del principio, da valutazioni di diritto penale sostanziale piuttosto che da aspetti prettamente processuali, posto che lo stesso presupposto applicativo verte su che

cosa debba intendersi per sanzione penale²⁰⁷; inoltre, una trattazione non unitaria apparirebbe monca in ragione della normativa di settore (finanziaria, tributaria, amministrativa) che, pur sommariamente ed incidentalmente, dovrà essere esaminata; infine, come si avrà modo di osservare, una delle pronunce più significative²⁰⁸ che ha rischiato²⁰⁹ di demolire il doppio binario sanzionatorio ha comportato la condanna proprio dello Stato italiano.

Ciò premesso, è noto che il pensiero illuminista²¹⁰, a partire dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ha imposto agli Stati l'adesione al principio di legalità: *nullum crimen, nulla poena sine lege*²¹¹. Pertanto, «individuare ciò ch'è penalmente rilevante compete esclusivamente al legislatore»²¹².

L'intervento statuale più incisivo ed afflittivo, pertanto, è legittimo nella misura in cui garantisce una procedura di accertamento i cui contenuti sono ignorati dagli altri sistemi punitivi. La procedura sanzionatoria *lato sensu* amministrativa, infatti, ignora, quantomeno nelle forme garantite dal codice di rito penale, principi quali la presunzione di innocenza (la sanzione viene inflitta e, solo dopo, è possibile impugnarla), il diritto al contraddittorio, il principio di legalità nell'inflizione di restrizioni della libertà personale prima della sentenza definitiva, l'oralità²¹³.

²⁰⁷ Sulla questione definitoria nel *ne bis in idem*, regola nel diritto penale sostanziale, principio in quello processuale, cfr. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1048 ss.; A. BIGIARINI, *Ne bis in idem: il cortocircuito del "doppio binario" sanzionatorio in relazione a fatti di criminalità economica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 263, per cui si tratta di «un tema che, ontologicamente, si pone a metà strada tra il diritto sostanziale ed il diritto processuale penale».

²⁰⁸ Corte Edu, seconda sezione, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4.3.2014, ric. n. 18640/10, 18467/10, 18663/10, 18668/10 e 19698/10.

²⁰⁹ La scelta del termine non è casuale. Si anticipa sin d'ora, infatti, che la perentorietà con cui si è espressa la Corte Edu nel caso *Grande Stevens* sembrerebbe uscire ridimensionata per l'aggiunta di un ulteriore requisito ai *criteria Engel*, Corte Edu, *Gran Camera, A. e B. c. Norvegia*, sentenza del 15.11.16, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

²¹⁰ Come efficacemente riportato da V. MANES, *"Common law-isation del diritto penale"?* *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 959, il manifesto del pensiero illuminista, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, 1973, p. 10 afferma: «le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest'autorità non può che risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale».

²¹¹ M. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Giuffrè, Milano, 2006, p. 29 e ss.

²¹² P. MOSCARINI, *Il concetto europeo di "infrazione penale" e la concorrenza fra i sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 390.

²¹³ E. DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 789, per cui «il procedimento sanzionatorio amministrativo si caratterizza come procedimento prevalentemente scritto, non pubblico, di stampo inquisitorio».

Senza poter affermare che il giudice europeo abbia tradito il pensiero illuminista, posto che, a ben vedere, non si muove in un'ottica di ampliamento del penalmente rilevante quanto, piuttosto, nel senso di un allargamento delle garanzie (quindi *favor rei*) proprie del processo penale a procedure che, nominalmente, penali non sono, può comunque sostenersi il ricorso ad un diverso modello di legalità, considerato che «attraverso il concetto “aformalistico” di “materia penale”, la Corte di Strasburgo ha abbandonato l'impostazione tradizionale che vuole le garanzie del *nullum crimen* applicabili in base a categorizzazioni *formali* [...] in favore di una impostazione declinata su distinzioni *contenutistiche-teleologiche*»²¹⁴.

La Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, al netto di quanto precisato nel più volte citato *Rapport explicatif*, pur senza negare agli Stati la facoltà di apporre ad un procedimento sanzionatorio interno l'etichetta di amministrativo, di disciplinare ovvero di penale, si è però arrogata il diritto di guardare sotto quell'etichetta, di accertare, cioè, se una catalogazione extra-penale non celi, in realtà, una sanzione solo formalmente amministrativa ma dai contenuti tanto afflittivi da non potersi allontanare dalla tipica censura penale che, in quanto tale, non può prescindere dal rispetto di tutte le garanzie sostanziali²¹⁵ e processuali²¹⁶ che la Corte giudica inscindibili da una procedura afferente un'accusa in materia penale.

È la stessa Corte Edu a mettere in guardia dal rischio che la scelta legislativa possa tradursi in un *deficit* di garanzie, ponendo in pericolo lo scopo e l'oggetto della Convenzione²¹⁷.

²¹⁴ V. MANES, “Common law-isation, cit., p. 963.

²¹⁵ Basti pensare all'emblematica sentenza *Contrada* (Corte Edu, quarta sezione, *Contrada c. Italia*, sentenza del 14.4.2015, ric. n. 66655/13) ove l'Italia veniva condannata per violazione dell'art. 7 CEDU non per la lesione del principio di legalità inteso quale divieto di applicazione irretroattiva della legge penale, ma per la non sufficiente prevedibilità «in base alla giurisprudenza conoscibile all'imputato al momento del fatto», integrando, in certa misura, il precetto penale con l'interpretazione giurisprudenziale, F. VIGANO', *Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vs legalità “convenzionale”?*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 5.12.2017, p. 13.

²¹⁶ Statisticamente, le garanzie più volte tutelate dalla Corte Edu sono quelle sottese al giusto processo di cui all'art. 6 CEDU.

²¹⁷ Corte Edu, *Adunanza Prelaria, Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza dell'8.6.1976, ric. n. 5100/71, 5101/7, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, § 81: «If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a “mixed” offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will.

Per far fronte a tale potenziale pericolo, la Corte ha individuato tre criteri, noti come gli *Engel criteria*, per stabilire se la sanzione abbia o meno natura penale: *in primis*, rileva la qualificazione giuridica offerta dall'ordinamento nazionale; qualora il primo criterio non appaia sufficiente²¹⁸, evenienza peraltro molto probabile, atteso che la Corte, semplicemente, «ne terrà conto come di una possibile *ratio cognoscendi*»,²¹⁹ si avrà riguardo, prima, alla natura dell'infrazione e, quindi, alla gravità della stessa. Gli ultimi due criteri sono alternativi e non necessariamente cumulativi, senza, però, che nulla escluda la possibilità di «ricorrere ad una valutazione cumulativa qualora l'analisi distinta di ciascun criterio non consenta di addivenire ad una conclusione chiara circa l'esistenza o meno di un'accusa in materia penale»²²⁰.

A partire dalla sentenza *Engel*²²¹, dunque, la Corte elabora «una teoria che ha rappresentato la bussola con cui potersi orientare in questo territorio insidioso e frammentato: alludiamo alla c.d. *concezione "autonomista" della materia penale*»²²², nell'ambito di un complessivo percorso che tende a palesare l'inopportunità di ricorrere alle classiche catalogazioni nazionali²²³.

Prima di procedere nella disamina del tema oggetto del presente capitolo, occorre ancora porre l'attenzione sul concetto di accusa, *id est*, sul concetto di accusato in materia penale ai sensi dell'art. 6 CEDU, elaborato dalla giurisprudenza del giudice di Strasburgo. Tenuto conto che il “fittizio” ricorso a procedimenti di natura extra-penale può portare ad un'elusione dei diritti di cui all'art. 6, §§ 2 e 3, CEDU, la Corte ha precisato che l'accusato in materia penale non si identifica con la *nostrana* assunzione della qualità di imputato (c.d. concezione formale); afferma

A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention».

²¹⁸ F. ROMOLI, *Spazio giudiziario europeo (profili comparati)*, in *Dig. disc. pen.*, 2011, VI agg., p. 660.

²¹⁹ C.E. PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 909

²²⁰ S. ALLEGREZZA, *Art. 4, Protocollo n. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 898.

²²¹ *Ex multis*, Corte Edu, Adunanza Plenaria, *Öztürk v. Germany*, sentenza del 21.2.84, ric. n. 8544/79; Corte Edu, seconda sezione, *A. Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, sentenza del 27.11.11, ric. n. 43509/08.

²²² C.E. PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo*, cit., p. 908.

²²³ G. UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 1, 2012.

infatti la Corte, senza tradire il notorio favore del giudice europeo per la sostanza a tutto scapito della forma, che per assumere tale veste è sufficiente «qualunque misura che produca ripercussioni importanti sulla situazione del destinatario»²²⁴, dovendosi dunque ricomprendere ogni ipotesi che potremmo identificare con il momento in cui la persona diviene (noi diremmo) indagata, indipendentemente dal fatto che lo *status* di accusato sia portato o meno a conoscenza del destinatario²²⁵.

Orbene, appurato che le garanzie proprie del processo penale si devono applicare, secondo il giudice europeo, indipendentemente dal fatto che nel diritto interno il procedimento abbia la qualificazione di penale, la Corte europea è stata investita da ricorsi che, appunto, eccepivano l'improcedibilità del processo penale – formalmente inteso – in quanto, per gli stessi fatti, il ricorrente era già definitivamente stato sanzionato in via amministrativa con censure che avevano, tuttavia, natura penale.

2. Il doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale

L'espressione doppio binario evoca, evidentemente, la coesistenza di due sistemi.

In una prima accezione, il termine rimanda ad un differenziato sistema di accertamento dell'illecito in caso di contestazione di reati di particolare allarme sociale, riconducibile ai delitti di matrice mafiosa o terroristica²²⁶; come noto, il legislatore, in un'ottica prettamente emergenziale che ha portato alla compressione del diritto di difesa e del giusto processo per gli accusati di tali delitti, ha creato un sistema differenziato di accertamento all'interno del quale trovano regolare cittadinanza istituti tradizionalmente aborriti dal diritto penale classico, quali presunzioni di pericolosità, il ricorso a presupposti meno stringenti per disporre le

²²⁴ A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p.122.

²²⁵ G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica*, cit., p. 5, anche per una disamina giurisprudenziale del momento iniziale del procedimento in cui, per la Corte Edu, si assume la qualità di accusato.

²²⁶ A. BARGIS, *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, Milano, 2013.

intercettazioni ovvero introducendo limiti alla presenza fisica dell'imputato alle udienze del proprio processo²²⁷.

In un'altra accezione del doppio binario, quella che interessa in questa sede, la linea politica seguita del legislatore non è quella repressiva, ma, al contrario, in ottica deflattiva, a partire dagli «anni '70 ed '80 sull'onda dei grandi interventi legislativi di depenalizzazione intervenuti in Europa»²²⁸, è stata quella di ridurre i casi in cui ad una determinata violazione consegua sempre la censura formalmente penale, retrocedendo, invece, lo *ius puniendi* ad un'autorità diversa da quella penale, con sanzioni non privative della libertà personale. L'«effetto collaterale» delle depenalizzazioni, tuttavia, è stato il sacrificio delle garanzie riconosciute all'accusato, irrinunciabili nell'accertamento penale, meramente eventuali in quello amministrativo.

Nonostante gli obiettivi opposti, repressivo e deflattivo, il risultato della depenalizzazione e dell'apertura ai sistemi differenziati di accertamento è stato il medesimo. Il doppio binario, indipendentemente dall'accezione nella quale viene evocato, limita il diritto di difesa ed il giusto processo, posto che in entrambi i casi, sull'altare dell'efficientismo della procedura, si guarda al risultato con un significativo sacrificio delle garanzie.

Ciò osservato, per l'accezione che interessa in questa sede, numerosi sistemi normativi europei, ma lo stratagemma appare di uso frequente anche in America latina o America del sud²²⁹, ricorrono allo schema del doppio binario, prevedendo la contemporanea presenza di sanzioni penali ed amministrative per lo stesso fatto.

Occorre, peraltro, osservare che la compresenza di sanzioni segue schemi differenti.

²²⁷ Volendo, L. BARONTINI, *La partecipazione a distanza al dibattimento: cronaca dell'espansione applicativa di un istituto dalla dubbia tenuta costituzionale*, in V. FANCHIOTTI, M. MIRAGLIA (a cura di), *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studio*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 157.

²²⁸ Corte App., Bologna, sez. III civ, 3 marzo 2017.

²²⁹ Ad esempio in Colombia, P.A. RAMÍREZ BARBOSA, *El principio de non bis in idem como pilar fundamental del estado de derecho. Aspectos esenciales de su configuración*, in *Novum ius*, n. 1, 2008, p. 101; in Cile, J.P. MAÑALICH, *El principio de non bis in idem frente la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*, in *Política criminal*, vol. 9 n. 18, p. 543; in Argentina, L. FALLET LA ROCCA, *¿Es posible pensar el non bis in idem como una garantía unitaria? Estudio de los sistemas español y argentino, con referencia a la jurisprudencia de tribunales internacionales*, FD Editor, Buenos Aires, 2015, p. 122.

Sovente si denota una sorta di progressione: ai livelli più lievi di offesa corrisponde l'applicabilità della sanzione amministrativa, mentre condotte rappresentative di un maggior disvalore integrano l'illecito penalmente rilevante. È il caso, ad esempio, delle fattispecie che prevedono soglie di punibilità in tema di stupefacenti ove l'art. 75 del D.P.R. 309/90 censura in via amministrativa l'uso personale e, penalmente, la detenzione e la commercializzazione per un uso non esclusivamente personale con le – a loro volta graduate – pene previste dai vari commi dell'art. 73 del medesimo D.P.R.

In generale, il rapporto fra la censura penale e quella amministrativa è disciplinato dall'art. 9 della l. 24 novembre 1981, n. 689, che ricorre al principio di specialità²³⁰. La disposizione prevede l'applicazione della norma speciale, salvo il caso in cui la norma amministrativa promani da una legge regionale: in tal caso, «il secondo comma del menzionato art. 9 sancisce la prevalenza della disposizione penale, in funzione di salvaguardia del monopolio legislativo statale in materia penale»²³¹.

La disciplina generale dei rapporti fra procedimento sanzionatorio amministrativo e penale, regolata dal principio di specialità²³², viene poi ribadita in specifici settori, quali, ad esempio, il sistema tributario che, espressamente, ricorre al criterio dell'alternatività: la censura amministrativa ovvero quella penale²³³.

Ciononostante, deve registrarsi un significativo favore per la duplicità delle sanzioni, sia da parte del legislatore che in numerosi campi applicativi ha deciso di derogare al principio di specialità optando per una scelta aderente al criterio cumulativo²³⁴, sia da parte delle giurisprudenza che, «restia a guardare *oltre la specialità* – criterio che reca in sé, per definizione, dei limiti operativi – tende a restringere l'area di rilevanza del concorso apparente di norme, col rischio di generare talvolta schemi a *doppio binario cumulativo*»²³⁵.

²³⁰ E. DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica*, cit., p. 793.

²³¹ M.L. DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 444.

²³² E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *I «principi generali» dell'illecito amministrativo nel disegno di legge «modifiche al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1980, p. 1167.

²³³ Art. 19 del D.Lvo 10 marzo 2000, n. 74.

²³⁴ V. NOTARGIACOMO, *Illecito penale e amministrativo: c'è ancora spazio per il doppio binario sanzionatorio?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 280.

²³⁵ A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., p. 1056.

Emblematica sul punto è l'interpretazione giurisprudenziale interna in tema di duplicazione di sanzione penale ed amministrativa nelle violazioni tributarie. Se, per vero, *ex lege* (artt. 19, 20 e 21 D.Lvo 74/2000) il criterio cumulativo dovrebbe lasciare il campo al principio di specialità, non può tacersi la tendenza dei giudici a negarne «l'applicabilità tra i reati di cui agli artt. 10 *bis* e 10 *ter*, D.Lgs. n. 74/2000, e i correlativi illeciti amministrativi di omesso versamento periodico delle ritenute o dell'IVA (previsti dall'art. 12, D.Lgs. n. 471/1997), ricostruendone, viceversa, i rapporti in termini di “progressione illecita”»²³⁶.

Nei settori sottoposti al criterio cumulativo si può distinguere fra i casi in cui il legislatore non si è preoccupato della possibile compresenza della sanzione penale e *lato sensu* amministrativa e i casi in cui, invece, la scelta di duplicare la sanzione è stata scientemente operata.

I primi attengono alle numerose ipotesi delle procedure sanzionatorie disciplinari concorrenti con violazioni alla legge penale, quando cioè una determinata condotta integra, ad un tempo, una violazione di un dato precetto penale, nonché di una norma contenuta nella disciplina regolamentatrice di una professione, di un impiego ovvero di un determinato *status*. Con riguardo alle professioni o agli impieghi, non può negarsi, in linea di principio, che una sospensione dall'esercizio della professione ovvero un licenziamento dovuto a condotte costituenti reato abbiano un pacifico contenuto sanzionatorio, di talché non deve stupire che il malcapitato, qualora si trovi a dover subire entrambe le procedure, possa percepire un'ingiusta duplice persecuzione per un fatto che, in definitiva, è il medesimo²³⁷. Analogamente, il detenuto che si veda applicare, con effetto peraltro pressoché immediato, una sanzione disciplinare per una determinata condotta tenuta all'interno del carcere, e che, dopo alcuni anni, venga chiamato a

²³⁶ A. BIGIARINI, *Ne bis in idem*, cit., p. 268; Cass. pen., sez. un., 28 marzo 2013, n. 37425, in *Cass. pen.*, 2014, p. 34.

²³⁷ Cass. civ., sez. II, ud. 19 ottobre 2016, n. 2927, per cui «In tema di giudizio disciplinare nei confronti dei professionisti (nella specie, notaio), in caso di sanzione penale per i medesimi fatti, non può ipotizzarsi la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in relazione al principio del “*ne bis in idem*”, - secondo le statuizioni della sentenza della Corte EDU 4 marzo 2014, *Grande Stevens ed altri c/o Italia* - in quanto la sanzione disciplinare ha come destinatari gli appartenenti ad un ordine professionale ed è preordinata all'effettivo adempimento dei doveri inerenti al corretto esercizio dei compiti loro assegnati, sicché ad essa non può attribuirsi natura sostanzialmente penale»

rispondere della medesima condotta davanti al giudice penale, potrà parimenti percepire la seconda sanzione alla stregua *surplus* ingiusto²³⁸.

Fra le ipotesi in cui, invece, il legislatore ha consapevolmente deciso di reprimere determinate condotte con il ricorso sia alla sanzione penale che a quella amministrativa l'esempio più noto è offerto dalla disciplina contenuta nel testo unico finanziario in tema contrasto al c.d. *market abuse* ed all'*insider trading*. Gli artt. 187 *bis* e 187 *ter* t.u.f. si aprono con la previsione di una "clausola di salvezza" per l'applicazione della norma penale, nei casi in cui il fatto costituisca reato, che, rispettivamente, è previsto agli artt. 184 e 185 t.u.f.²³⁹.

In particolare, in tema di abuso di informazioni privilegiate, i primi due commi degli artt. 184 e 187 *bis* si sovrappongono pressoché totalmente, mentre, in tema di manipolazione di mercato, gli artt. 185 e 187 *ter*²⁴⁰, pur non allineandosi sul piano testuale, censurano condotte che, di fatto, sono identiche, posto che la sanzione penale contiene tutti gli elementi di quella amministrativa.

Altre ipotesi di doppio binario possono rinvenirsi in materia di frodi in danno del Fondo europeo agricolo e per lo sviluppo rurale disciplinate dagli artt. 2 e 3 L. 23 dicembre 1989, n. 898, per cui indipendentemente dalla sanzione penale, al percettore è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria il cui importo varia

²³⁸ N. GALANTINI, *Divieto di bis in idem. Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 215, nota a Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014; *contra*, facendo uso dei *dicta* della Corte Edu in *A. e B. c. Norvegia*, Cass. pen., sez. II, 15 dicembre 2016, n. 9184, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2836, per cui «Non sussiste la preclusione all'esercizio dell'azione penale di cui all'art. 649 c.p.p., quale conseguenza della già avvenuta irrogazione, per lo stesso fatto, di una sanzione amministrativa ma formalmente "penale", ai sensi dell'art. 7 CEDU – come interpretato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa A e B c/ Norvegia del 15 novembre 2016 – allorquando le due procedure risultino complementari, in quanto dirette al soddisfacimento di finalità sociali differenti, e determinino l'inflizione di una sanzione penale "integrata", che sia prevedibile e, in concreto, complessivamente proporzionata al disvalore del fatto. (In applicazione del principio, la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza che aveva dichiarato non doversi procedere per il reato di danneggiamento aggravato commesso da un detenuto su una finestra della casa circondariale in cui era ristretto, sulla base della considerazione che l'imputato aveva già subito la sanzione disciplinare della esclusione dalle attività in comune per cinque giorni)»; P. FIMIANI, *Ne bis in idem tra sanzioni disciplinari penitenziarie e danneggiamento*, in *ilpenalista.it*, 10 novembre 2017.

²³⁹ A. BIGIARINI, *Ne bis in idem*, cit., p. 264; N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Cedam, Milano, 2016, p. 335.

²⁴⁰ La norma penale censura la condotta di chi «diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari»; quella amministrativa la condotta di «chi tramite mezzi di informazione, compreso INTERNET o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari».

a seconda di quanto percepito dal contravventore, nonché in tema di violazioni della disciplina della *privacy*²⁴¹.

3. L'età dell'oro: il doppio binario sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte Edu ...

A partire dall'approvazione del protocollo 7 e la relativa ratifica da parte degli Stati, la Corte europea si è trovata a dover valutare un'infinita quantità di ricorsi che, al di là delle singole sfumature, eccepivano la stessa possibilità per gli ordinamenti interni di prevedere due parallele procedure sanzionatorie.

Come efficacemente osservato, i primi esordi della Corte Edu, nella definizione della *matière pénale*, non mancavano di una certa “rozzezza”, «prospettando criteri vaghi, quando non del tutto irrealistici, nell'apprezzamento: così, per lungo tempo, la qualificazione della sanzione come penale è stata incentrata sulla *natura del fatto* o, soprattutto, sulla *severità della sanzione*»²⁴².

Il raffinamento degli *Engel criteria* avviene, di fatto, solo nel 1984 con la nota sentenza *Öztürk v. Germany*, quando la Corte precisa che, affinché si possa parlare di accusa in materia penale, il criterio afferente la natura della sanzione deve avere riguardo al suo finalismo, «ricostruito in termini di “dissuasione” e, al tempo stesso, di “repressione” secondo un modello squisitamente “punitivo”»²⁴³. Occorre, dunque, verificare la natura della sanzione con riguardo alla finalità repressiva, cioè di censura della condotta dell'agente, ovvero di riparazione del danno, cioè restituzione alla parte danneggiata: nell'un caso si avrà un indizio – dirimente o meno – di una sanzione sostanzialmente penale, nell'altro di una extra-penale.

L'opera ermeneutica della Corte vede un passaggio fondamentale nella nota sentenza *Grande Stevens*, con la quale l'Italia è stata condannata dal giudice europeo per la violazione degli artt. 6 e 4, Prot. 7, CEDU. La Corte Edu, nell'occasione, compie un ulteriore passo avanti, non limitandosi ad affermare che,

²⁴¹ A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., p. 1056 (nota 31).

²⁴² G. DE AMICIS, P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 473.

²⁴³ Corte Edu, seconda sezione, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4.3.2014, ric. n. 18640/10, 18467/10, 18663/10, 18668/10 e 19698/10, § 96.

indipendentemente dalla scelta politico-legislativa di qualificare come amministrativa una procedura sanzionatoria, in un accertamento di natura penale devono essere tutelate le garanzie proprie del processo penale (art. 6 e 7 CEDU), ma impone di considerare il problema «per quello che sostanzialmente è, e cioè un illecito destinatario di una sanzione penale sotto mentite spoglie»²⁴⁴.

Brevemente i fatti²⁴⁵. I ricorrenti (le società Exor s.p.a., azionista di maggioranza di FIAT, Giovanni Agnelli & co. s.a.s., azionista del gruppo FIAT, Gianluigi Gabetti, presidente di entrambe, Virgilio Marrone, amministratore della Giovanni Agnelli & co. s.a.s., ed il legale del gruppo FIAT, l'avvocato Franco Grande Stevens) subivano un processo davanti alla CONSOB, con opposizione, soltanto in minima parte accolta, alla Corte di Appello di Torino e rigetto da parte della Cassazione. Nel giugno 2009, dunque, il procedimento davanti all'autorità amministrativa indipendente della CONSOB diventava definitivo. Contestualmente, nella piena pendenza del processo amministrativo, gli stessi soggetti venivano rinviati a giudizio davanti al Tribunale di Torino, assolti con sentenza del dicembre 2010²⁴⁶, sentenza, però, che veniva cassata dalla Corte di Cassazione (ad eccezione dell'assoluzione nei confronti del solo Marrone)²⁴⁷ con rinvio alla Corte di Appello di Torino, la quale condannava gli imputati persone fisiche (Gabetti e Grande Stevens) e assolveva le società²⁴⁸.

I ricorrenti lamentavano la violazione convenzionale sotto due diversi profili: dell'art. 6 CEDU sul rilievo della non equità del procedimento davanti alla CONSOB, giudice non dotato di imparzialità ed indipendenza; e dell'art. 4, Prot. 7, per essere stati giudicati due volte per lo stesso fatto.

Sotto il profilo della violazione dell'art. 6 CEDU, l'analisi preliminare della Corte verte, chiaramente, sulla questione della *ratione materiae*. Il giudice europeo

²⁴⁴ P. CONSO, *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, p. 3.

²⁴⁵ Fra i numerosi commenti, per una ricostruzione in fatto, A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014; C. CONTI, *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 610.

²⁴⁶ Trib. Torino, sez. I, 21 dicembre 2010, in *penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2010.

²⁴⁷ Cass. pen., sez. V, 20 giugno 2012, n. 40393, in *penalecontemporaneo.it*, 24 settembre 2013.

²⁴⁸ Corte di App. Torino, sez. I, 21 febbraio 2013, in *penalecontemporaneo.it*, 24 settembre 2013, con nota di T. TRINCERA, G. SASSAROLI, F. MODUGNO, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*.

si interroga, cioè, se l'accusa davanti all'autorità indipendente della CONSOB costituisca o meno un'accusa in materia penale. Sul punto la Corte, analizzate le sanzioni previste dagli artt. 187 *ter* e ss. t.u.f., oltre a ribadire la non decisività della qualificazione interna, non palesa nessun dubbio nell'affermarne l'essenza sostanzialmente penale della sanzione comminata dalla CONSOB, sia con riguardo alla natura dell'illecito, che evidenzia una finalità dissuasiva e repressiva piuttosto che riparativa, sia con riguardo alla severità, non solo da un punto di vista economico, ma anche per la possibilità, in astratto, di incidere sulla perdita temporanea di onorabilità del destinatario della sanzione, potendo subire una sospensione dall'esercizio dell'attività professionale, e finanche di emettere provvedimenti di natura ablativa sul patrimonio, a nulla rilevando che, in concreto, la sanzione non abbia raggiunto tale livello di severità.

Ritenuta quindi la sussistenza di un'accusa in materia penale, la Corte esamina se, nel merito, vi sia stata una violazione all'equo processo. Orbene, si cadrebbe in un equivoco se si decidesse di aderire al seguente sillogismo: il procedimento amministrativo cela, in realtà, un'accusa in maniera penale; l'accusa in materia penale richiede il rispetto di tutte le garanzie di cui all'art. 6 CEDU; se il procedimento sanzionatorio – mascherato da amministrativo ma nell'essenza penale – non rispetta le suddette garanzie allora si palesa senza dubbio una violazione dell'art. 6 CEDU. La Corte, infatti, guarda la procedura amministrativa da un punto di vista complessivo: controlla, cioè, se – prima della definitività della decisione – una violazione non abbia trovato la giusta riparazione.

Nel caso di specie, le eccezioni dei ricorrenti, che lamentavano la violazione dell'art. 6 sotto plurimi profili, trovavano accoglimento solamente sotto quello inerente la mancanza di un'udienza pubblica. La Corte «si limita a ribadire che, anche nell'applicazione di una sanzione a tutti gli effetti punitiva, irrogata da un'autorità amministrativa che non rispetti pienamente i parametri dell'equo processo, è sufficiente che sia garantita, almeno “a valle”, la giurisdizione di un organo dotato di poteri pieni di controllo (*full iurisdiction*)»²⁴⁹. In altri termini, la Corte afferma che non tutte le violazioni sono suscettibili di incidere sull'equità del

²⁴⁹ C. CANESCHI, *I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extrapenale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 118.

procedimento, ma sono tali solo quelle che, prima della conclusione, non hanno trovato adeguata riparazione.

In entrambi i processi, amministrativo e penale, si contestava agli accusati l'aver taciuto, in una comunicazione al pubblico richiesta dalla CONSOB, la rinegoziazione di un contratto stipulato con la banca di affari Merrill Lynch International (MIL).

Si trattava, in buona sostanza, della medesima condotta, censurata, però, da due norme diverse.

Sul punto, la Corte, richiamando la nota sentenza *Zolotukhin* per cui «l'articolo 4 del Protocollo n. 7 enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni, e non il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione», di talché ai fini della medesimezza del fatto rilevano «le circostanze fattuali concrete a carico dello stesso contravventore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio»²⁵⁰ e poco importa sapere quali delle nuove accuse siano già state vagliate nella procedura passata in giudicato, liquida in modo abbastanza perentorio le eccezioni del governo sull'asserita non medesimezza del fatto²⁵¹.

Se, infatti, davanti alla CONSOB ai ricorrenti era contestata la condotta descritta dall'art. 187 *ter* t.u.f., per «non aver menzionato nei comunicati stampa del 24 agosto 2005 il piano di rinegoziazione del contratto di *equity swap* con la Merrill Lynch International Ltd mentre tale progetto già esisteva e si trovava in una fase di realizzazione avanzata», mentre davanti al giudice penale si contestava il reato di cui all'art. 185 t.u.f. per «avere dichiarato, negli stessi comunicati, che la Exor non aveva né avviato né messo a punto iniziative con riguardo alla scadenza del contratto di finanziamento, mentre l'accordo che modificava l'*equity swap* era già stato esaminato e concluso, informazione che sarebbe stata tenuta nascosta allo scopo di evitare un probabile crollo del prezzo delle azioni FIAT»²⁵², non sussiste

²⁵⁰ Corte Edu, seconda sezione, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4.3.2014, ric. n. 18640/10, 18467/10, 18663/10, 18668/10 e 19698/10, § § 220 e 221.

²⁵¹ G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio (art. 7 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Cedam, Milano, 2016, p. 523.

²⁵² Corte Edu, seconda sezione, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4.3.2014, ric. n. 18640/10, 18467/10, 18663/10, 18668/10 e 19698/10, § § 225 e 226.

nessun dubbio sul fatto che le condotte fossero sostanzialmente le stesse. Significativo, del resto, è il fatto che il governo, più che contestare la sussistenza di un *bis in idem*, abbia rivendicato la legittimità del suo operato nel prevedere una doppia sanzione (amministrativa e penale) in quanto autorizzato dal diritto dell'Unione europea²⁵³.

Come autorevolmente osservato, non si è trattato di un fulmine a ciel sereno, bensì «di un esito agevolmente prognosticabile alla luce dei pregressi arresti della Corte europea, sui tre profili che venivano sequenzialmente in rilievo»²⁵⁴: l'invalidità delle riserve; il ricorso agli *Engel criteria*; l'adozione di una nozione storico-naturalistica dell'*idem factum*.

Ed invero le pronunce nel cui solco si inserisce la sentenza *Grande Stevens* sono numerose ed affrontano le più varie tematiche del diritto penal-amministrativo.

Ad esempio, nel caso *Tomasović v. Croatia*²⁵⁵, la Corte riconosceva la violazione del *ne bis in idem* per la comminazione di una duplice sanzione (per fatti riconducibili sia ad una *criminal offence*, che ad una *minor offence*), per la medesima condotta di detenzione di sostanza stupefacente, in esito a due distinte procedure di accertamento.

La sentenza, al di là dell'evidente rilevanza campanilistica, pur risolvendosi in una netta e condivisibile censura al sistema del doppio binario sanzionatorio, scoperciando uno stracolmo vaso di Pandora, ha creato più problemi di quanti non ne abbia risolto.

Nel caso dei ricorrenti della sentenza *Grande Stevens*, la questione è stata agevolmente risolta con una declaratoria di estinzione del reato per intervenuta

²⁵³ Sul punto si osserva che la normativa dell'Unione europea, all'epoca vigente (Dir. 2003/6/CE), autorizzava ma non imponeva la duplicità delle sanzioni. In ogni caso, la disciplina è stata oggetto di un nuovo intervento da parte del legislatore europeo che, molto nei proclami ma meno nei fatti, ha cercato di offrire una soluzione al doppio binario cumulativo. Anche se non viene espressamente vietato l'utilizzo di tale sistema (cfr. i considerando 72 del Regolamento UE 596/2014 e 22 della Direttiva 2014/57/UE), viene imposto il rispetto del principio del *ne bis in idem* (cfr. considerando 25 della Direttiva). Sul punto, M. SCOLETTA, *Doppio binario e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Società*, 2016, p. 218; sulla legge delega, E. BASILE, *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2017.

²⁵⁴ G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 876.

²⁵⁵ Corte Edu, prima sezione, *Tomasović c. Croazia*, sentenza del 18.10.2011, ric. n. 53785/09.

prescrizione, mentre i casi analoghi²⁵⁶, con una significativa incidenza statistica per quanto concerne la duplicazione dei procedimenti penale-tributario, hanno determinato un prevedibile assalto alla diligenza²⁵⁷, i cui esiti, ad oggi, appaiono ancora molto incerti.

La Corte Edu, dopo poco più di un mese dalla pubblicazione della sentenza *Grande Stevens*, è tornata a pronunciarsi sul *ne bis in idem* in ambito penale tributario. Nella caso *Nykänen v. Finland*²⁵⁸, il giudice europeo ha condannato lo Stato scandinavo per aver riprocessato il ricorrente nei confronti del quale, a seguito di un accertamento fiscale da cui emerse la ricezione in nero di dividendi per 33.000 euro, era già stata inflitta una sovrattassa di 1.300 euro. Pochi anni dopo, lo stesso soggetto veniva sottoposto a procedimento penale e condannato alla pena di mesi dieci di reclusione ed al pagamento dell'importo relativo alla tassa evasa (12.420 euro).

Il percorso seguito dalla Corte, per quanto concerne l'applicazione della medesimezza del fatto, richiamandosi al *leading case Zolotukhin*, può essere sovrapposto a quello seguito nel caso *Grande Stevens*.

L'elemento di maggior interesse, tuttavia, verte sull'interpretazione del concetto di sovrattassa. Sul punto, la Corte si richiama a quanto affermato in *Jussila v. Finland*²⁵⁹, ove aveva vagliato la *tax surcharges* sulla base dei tre *Engel criteria*: per quanto attiene al primo criterio, nessun dubbio che la sovrattassa sia, per il diritto nazionale, una sanzione extra-penale; per quanto concerne il terzo criterio, la severità, nel caso *Jussila* è pacifico che l'importo non fosse particolarmente elevato, ma, del resto, come noto, i tre criteri sono alternativi e non cumulativi; infine, con riguardo al secondo criterio, la natura della sanzione, nel caso in oggetto il più importante, considerato che le sovrattasse sono previste da norme giuridiche applicabili alla generalità dei contribuenti, nonché in ragione del prevalente scopo

²⁵⁶ Cfr. S. MANACORDA, *Equazioni complesse: il ne bis in idem "ancipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 515.

²⁵⁷ P. CONSO, *Prospettive evolutive*, cit., p. 7.

²⁵⁸ Corte Edu, quarta sezione, *Nykänen v. Finland*, sentenza del 20.5.2014, ric. n. 11828/11; cfr. M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 giugno 2014; S. GIOVANNINI, *Il ne bis in idem per la Corte Edu e il sistema sanzionatorio tributario*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 1155.

²⁵⁹ Corte Edu, Adunanza Plenaria, *Jussila v. Finland*, sentenza del 23.11.2006, ric. n. 73053/01, § § 37 e 38; commento di G. GREGGI, *Giusto processo e diritto tributario: la prova testimoniale nell'applicazione delle CEDU (il caso Jussila)*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 228.

«deterrent and punitive», determina la Corte ad affermare la natura criminale della *tax surcharges*.

3.1. ... e della Corte di giustizia ...

La tematica del doppio binario sanzionatorio, ovviamente, ha interessato anche la Corte di giustizia, adita a più riprese dai giudici nazionali che, comprensibilmente, non hanno mancato di notare delle frizioni con l'art. 50 CDFUE all'interno di ordinamenti interni che, a fronte della medesima violazione, ammettono la compresenza di un duplice sistema di accertamento con il rischio di incorrere in una parimenti duplice sanzione.

Orbene, prima di analizzare le prese di posizione del giudice eurounitario, occorre soffermarsi su una doverosa precisazione, che differenzia il sistema CEDU dal sistema della piccola Europa.

La Corte Edu è un giudice dei diritti e del rispetto dei diritti contenuti nella sua Carta si occupa. Altrettanto, quantomeno con la stessa perentorietà, non può asserirsi con riguardo alla Corte di giustizia. Al giudice lussemburghese, infatti, è demandata la corretta interpretazione del diritto dell'Unione. Senonché le norme europee, e la Carta di Nizza in particolare, riconoscono sì molti diritti, ma il dinamismo di quello che appare un vero e proprio legislatore fa sì che nel prodotto normativo comunitario non manchino regole volte ad offrire tutela non tanto all'individuo quanto – piuttosto – alla “*Europa*”, intesa non nell'accezione geografica, bensì in quella politico-economica, retaggio culturale dell'originaria riunione di Stati, improntata prima a garantire gli interessi del mercato e, solo in via secondaria ed eventuale, le garanzie del singolo. Non v'è dubbio, pertanto, che – quantomeno sino alla sentenza *A and B v. Norway* – in tema di *ne bis in idem* la Corte Edu, proprio perché portatrice di un'unica istanza di garanzia del singolo, abbia primeggiato sulla Corte di giustizia che, nel tutelare i diritti fondamentali del cittadino europeo, deve misurarsi con altre tipologie di istanze, quali gli obblighi di

criminalizzazione²⁶⁰ ovvero la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea²⁶¹, istanze che hanno avuto la loro somma tutela nella complessa vicenda *Taricco*²⁶².

Tale differente approccio ben si può notare nel raffronto fra le sentenze *Grande Stevens* della Corte EDU e *Fransson*²⁶³ della Corte di Giustizia. Si osserva,

²⁶⁰ Corte di giustizia, Grande sezione, 13 settembre 2005, causa c-176/03; E. NICOSIA, *Le linee-guida della Commissione europea sull'uso del diritto penale per l'attuazione del diritto dell'UE*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2011.

²⁶¹ Cfr. art. 325 TFUE.

²⁶² Corte di giustizia, Grande sezione, 8 settembre 2015, causa c- 105/14, *Taricco*. Si allude alla pronuncia del giudice dell'Unione su un rinvio pregiudiziale del GUP del Tribunale di Cuneo. Il giudice piemontese, preso atto che per parte delle c.d. frodi carosello in materia di IVA portate alla sua attenzione era già maturato il termine prescrizione e per l'altra parte delle contestazioni il termine sarebbe maturato (solo!) dopo circa quattro anni, tempo ritenuto troppo breve per giungere ad una sentenza definitiva, chiedeva alla Corte di giustizia se non ostasse al diritto dell'UE (in particolare con gli artt. 101, 107 e 119 TFUE, nonché con la direttiva 2006/112/CE del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, sebbene, poi, la Corte veda piuttosto un'inconciliabilità con l'art. 325 TFUE) la normativa italiana sulla prescrizione che, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 160 e 161 c.p., limita ad un quarto del totale l'allungamento del tempo necessario a prescrivere in presenza di atti interruttivi. La Corte di giustizia evidenziava il contrasto delle citate norme del codice penale con il diritto dell'Unione perché un aumento di solo un quarto non garantirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di gravi frodi in tema di IVA che ledono gli interessi finanziari tutelati dall'art. 325 TFUE; cfr., *ex multis* S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale e quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 362; C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto ad una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *sidiblog.ord*, 15 settembre 2015. Come era prevedibile, ad eccezione di isolate applicazioni immediate del *dictum* della Corte (*Cass. pen.*, sez. III, 15 settembre 2015 n. 2210, in *penalecontemporaneo.it*, 22 gennaio 2016, con nota di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositata le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*), la Corte di appello di Milano (ord. 18 settembre 2015, in *penalecontemporaneo.it*, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte di Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*) e, poco dopo, la Corte di cassazione (*Cass. pen.*, sez. III, ord. 30 marzo 2016, in *penalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2016) rimettevano gli atti alla Corte costituzionale affinché sollevasse i c.d. controlimiti posto che l'adesione incondizionata ai *desiderata* di Lussemburgo sarebbe andato a compromettere un diritto fondamentale della Costituzione, ossia il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. La Consulta, prima di pronunciarsi, riteneva opportuno rimettere, a sua volta, gli atti alla Corte di giustizia interrogando il giudice del Lussemburgo se l'interpretazione dell'art. 325 TFUE fosse compatibile con il diritto fondamentale del principio di legalità (C. cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, in *Giuda dir.*, 2017, 8, p. 27, per un commento, ancora C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *eurojus.it*, 29 gennaio 2017). La vicenda, in attesa del definitivo pronunciamento della Corte costituzionale, si è recentemente conclusa con la restituzione degli atti alla Consulta: la Corte di giustizia sembrerebbe aver optato per una soluzione di compromesso, comunque in grado di scongiurare un'insanabile rottura, affermando che la normativa italiana sulla prescrizione delle gravi frodi IVA va disapplicata solo se sono rispettati i principi di non retroattività e di determinatezza derivanti dal principio di legalità dei reati e delle pene (Corte di giustizia, Grande sezione, 5 dicembre 2017, causa c-42/17, *M.A.S. e M.B.*, un primo commento di I.L. NOCERA, *Il principio di legalità prevale sull'obbligo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea*, in *dirittoegiustizia.it*, 5 dicembre 2017).

²⁶³ Corte di giustizia, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa c-617/10, *Fransson*.

in tal senso, che nel 2014, la Corte Edu, evidentemente attenta a non anticipare i tempi in cui – effettivamente – potrà sindacare sulle decisioni della Corte di giustizia, precisando, dunque, «che il suo compito non è interpretare la giurisprudenza della CGUE», in risposta al governo che rivendicava l'espressa autorizzazione da parte del diritto dell'UE a prevedere la doppia sanzione penale ed amministrativa, assumeva che nella sentenza *Fransson* la Corte ha sì riconosciuto la possibilità per gli Stati di adire ad un doppio binario sanzionatorio per gli stessi fatti, ma «solo a condizione che la prima sanzione non sia di natura penale»²⁶⁴.

Nel caso *Fransson* la Corte era stata investita del rinvio pregiudiziale da parte dell'autorità giudiziaria svedese in una vicenda in cui l'imputato davanti al giudice nazionale, per la stessa condotta (frode in tema di IVA), era già stato condannato al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale. Il giudice scandinavo chiedeva, quindi, alla Corte se ostasse al diritto dell'Unione europea ed in particolare all'art. 50 CDFUE, la persecuzione penale nei confronti di un contribuente già condannato al pagamento di una sovrattassa.

Orbene, la Corte, dopo aver risolto la questione sulla propria competenza a decidere ai sensi dell'art. 51 CDFUE²⁶⁵, risponde negativamente al quesito principale: non osta al diritto dell'UE una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali, a patto, però, che la sovrattassa non abbia natura penale; in tal caso non è possibile sottoporre nuovamente a processo una persona per lo stesso fatto; per valutare la natura penale occorre rifarsi ai criteri *Engel – id est*, posto che la Corte non cita tale sentenza, ai criteri *Bonda* – onere che viene lasciato al giudice nazionale.

Come efficacemente osservato, il fatto di rimettere al giudice *a quo* tale valutazione, comporta che la Corte di giustizia offra una tutela al *ne bis in idem* quantomeno diversa e comunque più aleatoria rispetto a quella garantita dalla Corte

²⁶⁴ Corte Edu, seconda sezione, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza del 4.3.2014, ric. n. 18640/10, 18467/10, 18663/10, 18668/10 e 19698/10, § 229.

²⁶⁵ In altra occasione, la Corte, investita di analoga questione vertente sul reato di omesso versamento delle ritenute d'imposta e non sul mancato versamento dell'IVA, declinava la propria competenza, Corte di giustizia, nona sezione, ordinanza del 15 aprile 2015, causa c-497/14, *Burzio*, commentata da O. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra il ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1033.

Edu. Spetta, infatti, al giudice nazionale non solo la valutazione sulla natura della sanzione, ma altresì «il cumulo *tra sanzioni penali e tributarie*»²⁶⁶.

Se si considera, poi, che la Corte di giustizia si premura di specificare, quale unica forma di mappa orientativa, che nella valutazione sul suddetto cumulo il giudice nazionale dovrà verificare che, in caso di ritenuta violazione del *ne bis in idem*, le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive, senza soffermarsi sul fatto che il carattere dissuasivo di una sanzione è uno di quelli che, per la Corte Edu, la rende sostanzialmente penale, l'interpretazione del principio offerta dalla Corte di giustizia appare più restrittiva rispetto a quella offerta dal giudice di Strasburgo.

Si fatica, inoltre, a non evidenziare una frizione di tale soluzione con l'art. 52, § 3, CDFUE posto che detta norma, imponendo un'interpretazione dei diritti della Carta corrispondenti alla Convenzione in una latitudine almeno pari alla CEDU, dovrebbe precludere letture più restrittive²⁶⁷.

Singolare, del resto, che in tutta la sentenza non venga mai citata la giurisprudenza della Corte Edu, evenienza abbastanza insolita non solo per i già visti meccanismi di reciproca influenza fra i due giudici europei, ma anche per la prassi che vede sovente la Corte del Lussemburgo richiamare i precedenti di Strasburgo.

Del resto, nell'ultima pronuncia sull'applicazione dell'art. 50 CDFUE ai casi di doppio binario sanzionatorio, la Corte di giustizia non ha mancato di richiamare il sistema CEDU²⁶⁸.

Nell'occasione il rinvio era stato effettuato dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere. Il Tribunale campano chiedeva alla Corte di giustizia se ostasse al diritto dell'Unione europea la disposizione prevista dall'art. 10 *ter* D.Lvo 74/2000 «nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale

²⁶⁶ D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 aprile 2013, p. 5.

²⁶⁷ R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *diritticomparati.it*, 6 marzo 2013.

²⁶⁸ Corte di giustizia, quarta sezione, sentenza del 5 aprile 2017, cause riunite c-217/15 e c-350/15, *Orsi e Baldetti*.

di un soggetto il quale, per lo stesso fatto (omissione del versamento dell'IVA), sia già stato destinatario di un accertamento definitivo da parte dell'Amministrazione finanziaria dello Stato, con irrogazione di una sanzione amministrativa».

Il giudice europeo, in realtà, nel rispondere in maniera negativa al quesito ha trovato «gioco facile» nel difetto del requisito dell'*eadem persona*, posto che il procedimento penale era stato instaurato nei confronti della persona fisica, ma la sovrattassa del 30 % dell'imposta evasa era stata irrogata alla persona giuridica²⁶⁹.

3.2. ... alla presa della Bastiglia

La censura, più o meno marcata, mossa da parte delle corti europee al doppio binario sanzionatorio avrebbe richiesto una presa di posizione del legislatore sia in un'ottica di ripristino dello stato di diritto sia nella logica di governare, nei limiti del lecito, il *caos* creato da quanti, legittimamente, hanno visto lo spiraglio di un vantaggio «in tempi di incertezza del diritto»²⁷⁰.

Orbene, per uscire dal labirinto, una prima via è stata individuata nell'incidente di costituzionalità per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 4, Prot. 7 CEDU, sia per quanto concerne la disciplina degli illeciti previsti dal testo unico finanziario, sia in ambito di diritto penale tributario.

A prendere, per prima²⁷¹, l'iniziativa è stata la sezione V della Corte di cassazione che, in tema di *insider trading*, ha paventato il dubbio circa la non conformità al dettato costituzionale, integrato dalla norma CEDU, prospettando una duplice questione: in principalità, dell'art. 187 *bis* t.u.f., nella parte in cui stabilisce la clausola di salvezza della norma penale («Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato»), piuttosto che la clausola di sussidiarietà («Salvo che il fatto costituisca reato»); in subordine, dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui

²⁶⁹ M. SCOLETTA, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2017.

²⁷⁰ P. CONSO, *Prospettive evolutive*, cit., p. 7.

²⁷¹ M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1339.

l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU e dei relativi Protocolli»²⁷².

Pressoché contestualmente, la sezione tributaria della Corte di cassazione sollevava analoga questione «per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 2 e 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, dell'art. 187-ter, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998, nella parte in cui prevede la comminatoria congiunta della sanzione penale prevista dall'art. 185 del medesimo d.lgs. n. 58 del 1998 e della sanzione amministrativa prevista per l'illecito di cui all'art. 187-ter dello stesso decreto»²⁷³.

La Corte costituzionale, riunite le questioni, le dichiarava entrambe inammissibili²⁷⁴.

Orbene, con riferimento alla prima questione prospettata al giudice delle leggi da parte della quinta sezione della Cassazione, come del resto anticipato dalla dottrina²⁷⁵, la Consulta ha evidenziato un difetto di rilevanza della questione posto che, di fatto, il giudice *a quo* chiedeva un sindacato su una norma già applicata (l'art. 187 bis t.u.f.) e non su quella da applicare (l'art. 184 t.u.f.)²⁷⁶. La Corte, sul punto, non manca di far notare l'effetto assurdo che deriverebbe nel seguire il ragionamento del giudice del rinvio che prospettava, ai fini di dribblare le difficoltà di dimostrare la rilevanza della questione²⁷⁷, una revoca della sanzione CONSOB ai sensi dell'art. 30, comma 4, l. 87/1953, atteso che in tale ipotesi si violerebbe ugualmente il principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 4, Prot. 7, CEDU che vieta la duplicazione del processo piuttosto che la duplicazione della sanzione.

²⁷² Cass. pen., sez. V, ord. 10 novembre 2014, in *penalecontemporaneo.it*, 17 novembre 2014, con nota di M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione al diritto fondamentale al ne bis in idem*.

²⁷³ Cass., sez. trib., 6 novembre 2014, in *penalecontemporaneo.it*, 23 gennaio 2015.

²⁷⁴ C. cost., 12 maggio 2016, n. 102, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3184.

²⁷⁵ M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio*, cit.

²⁷⁶ F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2016.

²⁷⁷ A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1500.

Con riferimento alla parallela questione, sollevata dalla sezione tributaria, questa sì potenzialmente in grado di superare il vaglio della rilevanza, la declaratoria di inammissibilità, per quanto scontata, ha lasciato l'amaro in bocca²⁷⁸, considerato che una formulazione meno dubitativa e perplessa, risolvendosi in una oscurità del *petitum*²⁷⁹, avrebbe potuto aiutare a mettere ordine in un marasma dove norme di dettaglio e principi generali non paiono orientati sulla stessa lunghezza d'onda.

Come anticipato, la quinta sezione prospettava, in via subordinata, l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non tiene conto, ai fini della preclusione, di un provvedimento definitivo pronunciato nei confronti della stessa persona per lo stesso fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo. La Consulta, pur riconoscendo le ragioni del giudice *a quo*, espresse per vero in forma poco convinta, dichiarava inammissibile la questione, non potendo accogliere la logica del *premier arrivé, premier servi*²⁸⁰. Si osserva, infatti, che in assenza di un intervento del legislatore, la soluzione ipotizzata dalla Corte di cassazione si risolverebbe nel privilegiare il procedimento che per primo diventa definitivo, sicché, salvo casi particolari in cui, ad esempio, una sospensione condizionale della pena appaia preferibile ad una sanzione pecuniaria di importo esorbitante di talché il doppiamente accusato si attiverà per raggiungere una accordo sulla pena, nell'ordinamento italiano altro non significherebbe, di fatto, che una disapplicazione delle norme penali e, soprattutto, delle guarentigie proprie del processo penale.

Ciò osservato, occorrerebbe interrogarsi su quale sia il male minore, domandarsi, cioè, cosa sia preferibile: tollerare l'intollerabile, ossia mantenere uno stato dell'arte in aperta violazione del dettato convenzionale; ovvero adeguarsi alla rozza logica del "chi prima arriva mangia, gli altri a digiuno", che, a ben vedere, non è un "istituto" sconosciuto nell'ambito del *ne bis in idem*. Ancor oggi, infatti, nell'ambito nella dimensione internazionale, pur con qualche temperamento dato dalla decisione quadro sulla risoluzione e prevenzione dei conflitti di giurisdizione

²⁷⁸ R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3829.

²⁷⁹ A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio*, cit., 1501.

²⁸⁰ G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza*, cit., p. 885.

(2009/948/GAI) che obbliga allo scambio di informazioni ma non prevede sanzioni nel caso in cui le autorità giudiziarie omettano tali scambi, risulta essere lo strumento privilegiato per stabilire a chi appartenga lo *ius dicere*.

La Corte costituzionale è stata investita di analoghe questioni anche nell'altro grande filone, quello del diritto penale tributario, ove si registrano le maggiori problematiche in tema doppio binario sanzionatorio.

Un primo incidente di legittimità costituzionale veniva sollevato dal Tribunale di Bologna²⁸¹ che prospettava al giudice delle leggi il dubbio circa la compatibilità con l' «art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dell'art. 649 c.p.p., in relazione all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata comminata, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione EDU e dei relativi Protocolli».

In tale occasione, la Corte trovava agevolmente un *commodus discessus* in un intervento del legislatore di modifica dell'art. 13 D.Lvo 74/2000 che ha introdotto quale nuova causa di non punibilità il pagamento del debito tributario prima dell'apertura del dibattimento. È appena in caso di osservare che la novella legislativa appare ben lungi dal risolvere il problema del doppio binario in ambito tributario, posto che, oltre ad avere un limitato campo applicativo, essendo esclusa nei casi di delitti commessi con frode, lascia aperte le criticità quando il pagamento avviene dopo l'apertura del dibattimento²⁸².

Ad oggi, davanti alla Consulta pende ancora un incidente di legittimità costituzionale, dal quesito pressoché identico a quello proposto dal Tribunale bolognese, sollevato dal Tribunale di Monza, il cui esito, però, dovrà confrontarsi,

²⁸¹ Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, in *penalecontemporaneo.it*, 18 maggio 2015, con nota di M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*.

²⁸² P. CONSO, *Prospettive evolutive*, cit., p. 7; P. CONSO, *Reati tributari: legislatore italiano autonomo rispetto agli obblighi comunitari*, in *Ipsa quotidiano*, 17 ottobre 2015.

come si avrà modo di osservare, con quanto recentemente stabilito dalla Corte Edu nel caso *A. and B. v. Norway*²⁸³.

Un'altra via eletta per adeguarsi ai *dicta* europei è stata quella dell'interpretazione convenzionalmente conforme, soluzione ermeneutica che ha trovato il favore della giurisprudenza di merito²⁸⁴ e l'avversione della Corte di cassazione²⁸⁵.

Orbene, non v'è chi non ha visto, nell'interpretazione conforme dell'art. 4, Prot. 7, CEDU, una forzatura che ricorre ad un'operazione semantica vietata dalla Corte costituzionale, la quale, nel 2007, impose di «al giudice comune [di] interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme»²⁸⁶.

Peculiare, benché efficace ma in certa misura dimentica dell'insegnamento offerto dalla Corte costituzione con le sentenze gemelle del 2007²⁸⁷, appare la soluzione offerta dal Tribunale di Terni che ha fatto diretta applicazione dell'art. 4, Prot. 7, CEDU, senza, di fatto, porsi il minimo dubbio sulla possibilità di procedere ad un'interpretazione convenzionalmente conforme²⁸⁸. La citata sentenza, peraltro, solleva anche un diverso problema: il giudice ternano assumeva anche che nel caso di specie il reato non fosse integrato per mancanza dell'elemento soggettivo; nei punti seguenti, tuttavia, attribuiva, sulla base degli *Engel criteria*, natura penale alla

²⁸³ Trib. Monza, ord. 30 giugno 2016, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 dicembre 2016, con nota di S. CONFALONIERI, *Ne bis in idem e reati tributari: il tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*

²⁸⁴ Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014; con commenti di N. GALANTINI, *Divieto di bis in idem*, cit., p. 215; M.L. DI BITONTO, *Una singolare*, cit., p. 441.

²⁸⁵ *Ex multis*, Cass. pen., sez. III, 21 aprile 2016, n. 25815, in *Cass. pen.*, 2016, 4515; Cfr. M.L. BOGGIO, G. SACCO, *Fisionomia del divieto di un secondo giudizio: principi e "indicazione per l'uso"*, in *Corr. trib.*, 2016, p. 3585, C. SARTORIELLO, *Sanzionabilità penale e amministrativa degli omessi versamenti IVA: esclusa la violazione del ne bis in idem*, in *Fisco*, 2016, p. 2878.

²⁸⁶ C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2253. Più in generale, A. DI STASI, *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano*, Cedam, Milano, 2016, p. 73 e ss.

²⁸⁷ C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 197, per cui «Pur rivestendo grande rilevanza, le norme della Convenzione europea dei diritti umani e dei relativi protocolli sono, pur sempre, a differenza delle norme comunitarie, norme internazionali pattizie. Esse vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto».

²⁸⁸ Trib. Terni, 12 giugno 2015, in *penalecontemporaneo.it*, 2 dicembre 2015, con nota di S. CONFALONIERI, *Ancora in tema di omesso versamento IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*.

sovratassa del 30 % del tributo evaso. L'assunto palesa, ulteriormente, l'inadeguatezza del doppio binario, posto che se all'imputato fossero state riconosciute le garanzie del processo penale, fra cui, *lato sensu*, il principio di colpevolezza, allo stesso, difettando il dolo, non sarebbe stata neanche applicata la suddetta sovratassa.

L'ultima strada percorribile, ma, ad oggi, non ancora percorsa «forse per timore di aprire argini delicatissimi»²⁸⁹ è quella, proposta da autorevole dottrina²⁹⁰, di un'applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE.

La soluzione, oltre che indubbiamente suggestiva, appare, in linea di principio, coerente con i *dicta* impartiti dalle due corti europee nelle sentenze *Fransson* e *Grande Stevens*, nonché con lo stesso sistema di rapporti intrecciati fra gli ordinamenti della grande e della piccola Europa.

Premesso che, ovviamente, il sentiero sarebbe percorribile solo per le materie che, ai sensi dell'art. 51 CDFUE, appartengono al diritto dell'Unione europea, si rammenta che l'art. 52, § 3 CDFUE stabilisce che, qualora la Carta «contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione».

Orbene, fingendo di dimenticarci della già palesata minor tutela offerta a *ne bis in idem* dalla Corte di giustizia, assunto che, peraltro, ai presenti fini non rileva, rispetto a quanto offerto dalla Corte Edu – quantomeno sino alla pronuncia *A and B v. Norway* – un argomento sistematico non impedirebbe all'interprete di utilizzare la *via* della Carta per sfruttare il *contenuto* della Convenzione, ossia, nel caso di specie, applicare le (più estese) forme di garanzie del *ne bis in idem* offerte dalla sentenza *Grande Stevens*, trattandole come diritto dell'Unione europea e, dunque, questa volta, senza che via siano i paletti dell'interpretazione convenzionalmente conforme stabilita dalla Corte costituzionale da scartare.

Non può peraltro tacersi che una soluzione di tal fatta non contrasterebbe con quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Fransson*, ove, di fatto, si

²⁸⁹ R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem*, cit., p. 3834.

²⁹⁰ F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2014, p. 219.

rimetteva al giudice nazionale la valutazione della natura penale della sanzione formalmente amministrativa.

Conclusivamente, al di là delle più o meno tortuose soluzioni ermeneutiche offerte da dottrina e giurisprudenza, non può passare inosservata la latitanza del legislatore. S'impone, pertanto, un'armonizzazione del sistema punitivo, sulla base di talune irrinunciabili direttive: preferenza per l'unicità del sistema di accertamento; indisponibilità delle garanzie proprie del processo penale in caso di sanzioni sostanzialmente penali.

4. La *restauration*: A e B c. Norvegia ...

Se negli ultimi anni, a partire dalle pronunce *Grande Stevens* e *Fransson*, l'aspettativa della comunità scientifica non poteva che auspicare la fine dell'accanimento terapeutico su un apparato sanzionatorio che appariva in netto contrasto con il sistema convenzionale, il banco è saltato a seguito di un nuovo, a un tempo salvifico e deleterio (a seconda del punto di vista), intervento «del soggetto istituzionale che aveva fragorosamente aperto la questione, e cioè la stessa Corte EDU»²⁹¹.

*A. and B. v. Norway*²⁹² rappresenta una sorta di moderno congresso di Vienna, tutto giurisdizionale, volto a ristabilire l'*ancien régime*, un ritorno, in altri termini, ad uno statuto del *ne bis in idem* che restituisce agli Stati il potere di stabilire se siano ammissibili due procedimenti per lo stesso fatto con sanzioni sostanzialmente penali nei confronti del medesimo *suddito*, offrendo, quale unico binario orientativo, il criterio della *sufficiently close connection in substance and time*.

Prima della sentenza in esame, l'opera ermeneutica del giudice europeo, quantomeno di quello di Strasburgo, in tema di doppio binario sanzionatorio, aveva raggiunto una certa solidità: *eadem* persona e adesione all'*idem factum*;

²⁹¹ P. CONSO, *Prospettive evolutive*, cit., p. 13.

²⁹² Corte Edu, Gran Camera, *A. e B. c. Norvegia*, sentenza del 15.11.16, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

irrevocabilità di uno dei due procedimenti; ricorso agli *Engel criteria* per stabilire se la sanzione avesse o meno natura penale.

Il nuovo criterio fornito da *A. and B. v. Norway* non solo si aggiunge ai precedenti, ma, in certa misura, li stravolge, posto che sembrerebbe «destinato (apparentemente) a prevalere sui primi e a fare da principale – ma, a tal punto, poco stabile – pilastro»²⁹³.

Prima di inoltrarsi nella disamina del nuovo criterio, occorrerà riassumere, per brevi tratti in fatto e in diritto, la sentenza del giudice europeo²⁹⁴.

I Signori A. e B. ricorrevano alla Corte Edu lamentando la duplicazione dei procedimenti, penale ed amministrativo. Accusati di aver eluso le imposte per operazioni finanziarie all'estero, entrambi venivano condannati al pagamento di una sovrattassa pari al 30 % dell'importo evaso, sovrattassa che ambedue pagavano pressoché immediatamente. Le azioni penali nei loro confronti venivano esercitate poco prima dell'adempimento fiscale, di talché i due ricorrenti eccepivano, invano, la violazione dell'art. 4, Prot. 7, CEDU chiedendo il proscioglimento per *ne bis in idem*.

Deve subito rilevarsi che la Corte non si discosta dai precedenti per quanto concerne la medesimezza del fatto, peraltro nemmeno eccepita dai giudici norvegesi, né per quanto riguarda l'affidabilità dei criteri *Engel*. Il fatto è il medesimo e la sovrattassa ha natura penale.

Il *novum* è dato dalla reazionaria affermazione secondo cui «l'art. 4, Prot. 7, CEDU non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive (come la violazione delle norme sulla circolazione stradale o l'evasione fiscale) che si articoli – nel quadro di un approccio unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato»²⁹⁵.

Orbene, se non può tacersi il fatto che l'ulteriore requisito della mancanza di una connessione sufficientemente stretta nel tempo e nello spazio affinché operi

²⁹³ F. CASSIBBA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e “doppio binario sanzionatorio”*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 1099.

²⁹⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *La grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2016.

²⁹⁵ F. VIGANÒ, *La grande Camera*, cit.

la garanzia convenzionale non è campata in aria posto che, principalmente in epoca assai remota ma anche di recente, si sono registrati timidi precedenti in tal senso²⁹⁶, deve comunque rilevarsi che nelle principali pronunce della Corte che hanno demolito il doppio binario sanzionatorio e, in particolare, nel caso *Grande Stevesn*, a tale requisito non v'è nemmeno un accenno.

I dati, in buona sostanza, sono due: da una parte, il salvataggio del doppio binario sanzionatorio ad opera del consesso più autorevole della Corte, secondo cui gli Stati sono ben liberi di prevedere un sistema sanzionatorio che corra su un duplice binario; dall'altra, la totale evanescenza del nuovo requisito, non definito in termini stringenti, ma, di fatto, lasciato alla discrezionalità dell'interprete, il quale potrà ora disporre di ben poco soddisfacenti indici empirici per comprendere se manchi o meno questa *sufficiently close connection*.

Se, tutto sommato, per quanto auspicabile, appariva quantomeno improbabile che il giudice di Strasburgo si assumesse la responsabilità di demolire espressamente il doppio binario sanzionatorio, perché ciò avrebbe significato entrare in aperto contrasto con l'altra Corte europea, del tutto inaspettato (e pericoloso) è stato il ricorso ad un'offerta ermeneutica così vaga.

Si osserva, infatti, che la Corte, pur esprimendo una netta preferenza per «a single-track procedure enabling the parallel strands of legal regulation of the

²⁹⁶ Cfr. G. CALAFIORE, *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del principio* ne bis in idem, in *europeanpapers.eu*, 2017, p. 245. Sebbene non possa negarsi l'esistenza di detti precedenti non può non notarsi che l'utilizzo della stretta connessione aveva, per certi versi, una finalità parzialmente differente, finalizzata, ad esempio, a verificare, come nel caso *Nykänen c. Finlandia*, «se i fatti all'origine dei due procedimenti [fossero] sostanzialmente gli stessi. A tal fine è, dunque, necessario concentrarsi sull'insieme degli elementi fattuali del caso concreto che coinvolgono la stessa persona e che sono inestricabilmente legati sul piano spaziale e temporale; fatti la cui esistenza deve essere dimostrata per avviare un procedimento o per pervenire ad una condanna. Vi è un aspetto ulteriore che merita di essere messo in evidenza. Nel delineare i confini del diritto a non essere giudicato o punito due volte, la Corte chiarisce che la celebrazione di due procedimenti paralleli è compatibile con la Convenzione, a condizione che il secondo venga interrotto nel momento in cui il primo sia divenuto definitivo. Nel caso di specie, le due sanzioni vengono inflitte da due autorità differenti, nell'ambito di procedimenti che, in mancanza di qualsiasi meccanismo di coordinamento, sono del tutto indipendenti l'uno dall'altro. Nell'ordinamento finlandese non vi neppure alcuna interazione tra le diverse autorità, ognuna delle quali procede in modo autonomo sia nell'accertamento del fatto, sia nella fase di commisurazione della pena (per determinare l'entità della seconda non si tiene in alcun conto la severità della prima). Ed infatti, il sig. *Nykänen* è stato condannato in via definitiva nel 2009 al pagamento della sovrattassa, mentre il procedimento penale, iniziato nel 2008, non è stato in alcuno modo interrotto, ma è anzi divenuto a sua volta definitivo nel 2010», così M. DOVA, *Ne bis in idem*, cit. Negli stessi termini, Corte Edu, quinta sezione, *Lucky Dev c. Svezia*, sentenza del 27.11.2014, ric. n. 7356/10, commentata da M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *penacontemporaneo.it*, 11 dicembre 2014.

activity concerned to be brought together, so that the different needs of society in responding to the offence can be addressed within the framework of a single process»²⁹⁷, salva la possibile compresenza nell'apparato sanzionatorio di differenziate risposte penali ed amministrative, a condizione che tale compresenza sia combinata in modo coerente; di talché le finalità perseguite e le modalità per mezzo delle quali raggiungerle devono essere complementari e coordinate nel tempo e le conseguenze per le persone colpite devono essere proporzionate e prevedibili.

La Corte, quindi, passa in rapida rassegna «the conditions to be satisfied in order for dual criminal and administrative proceedings to be regarded as sufficiently connected in substance and in time»²⁹⁸. Occorrerà, in particolare, verificare: che i procedimenti abbiano o meno scopi differenti e quali profili censurino della medesima condotta antisociale; che la duplicazione dei procedimenti appaia prevedibile; che i due procedimenti siano condotti in maniera coordinata, in modo da evitare ogni possibile duplicazione nella raccolta della prova, favorendosi l'interazione fra le due autorità accertatrici; che sia rispettato il *ne bis in idem* sostanziale, assicurandosi cioè che nella comminazione della seconda sanzione si tenga conto della prima.

Inoltre, ancora più vago appare l'assunto circa la connessione temporale. In particolare, al § 134 la Corte, in poche righe, assume che l'accertamento della connessione sostanziale non esonera dall'accertamento di quella temporale; che la finalità è quella di non lasciare l'accusato nella totale incertezza; che non è indispensabile che i procedimenti proseguano contemporaneamente, potendo gli Stati «to opt for conducting the proceedings progressively in instances where doing so is motivated by interests of efficiency and the proper administration of justice»; che, in buona sostanza, più debole è la connessione temporale, maggiore sarà per gli Stati l'onere di giustificare il ritardo.

Il *revirement* della Corte Edu appare suscettibile di plurime critiche che muovono dalla vaghezza del criterio e all'opacità degli indicatori, dall'equivoco riferimento allo scopo della sanzione (se lo scopo non si considera repressivo, la

²⁹⁷ A. and B. c. Norvegia, § 130.

²⁹⁸ A. and B. v. Norvegia, §§ 131 e ss.

procedura non può considerarsi penale), fino al requisito della prevedibilità (trattandosi di materia penale, se la sanzione non fosse tale la norma violata sarebbe l'art. 7 CEDU prima ancora dell'art. 4, Prot. 7)²⁹⁹.

L'aspetto che, tuttavia, più si fatica a comprendere, a nostro avviso, è quello che verte sul coacervo di assunti che, da un lato, confondono il *ne bis in idem* processuale e sostanziale e, dall'altro, appaiono in totale antitesi con la garanzia a non essere sottoposto a processo più di una volta per lo stesso fatto.

Quanto al primo profilo, del tutto condivisibile appare la sofferta *dissenting opinion* del giudice Pinto De Albuquerque, in punto requisito della proporzionalità, allorquando ricorda che la Corte Edu nel 2014 aveva ritenuto del tutto irrilevante che l'art. 187 *terdecies* t.u.f. prevedesse un meccanismo di compensazione, posto che la garanzia tutelata dall'art. 4, Prot. 7, CEDU è volta ad evitare che una persona venga non solo punita due volte, ma, soprattutto, che non venga giudicata due volte³⁰⁰.

Forse l'approdo a cui è giunta la Corte Edu con la sentenza in commento è proprio questo: una trasformazione, *contra legem*, della garanzia del *ne bis in idem* previsto dalla CEDU in una guarentigia non più processuale ma sostanziale.

Quanto agli aspetti in aperta antitesi con la garanzia del *ne bis in idem* nella dimensione processuale, il fatto che la Corte scoraggi «la raccolta separata degli elementi probatori e invit[i] a impiegare nel secondo procedimento il materiale raccolto nel primo» appare semmai una «spia del *bis in idem*, poiché si andrebbe a compiere un nuovo accertamento sullo stesso fatto, per applicare una ulteriore

²⁹⁹ R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem*, cit., p. 3837.

³⁰⁰ *Dissenting opinion of the judge Pinto De Albuquerque*, §§ 65 – 79; cfr. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi*, cit., p. 1066, per cui «Voler derivare da quest'ultimo dato l'argomento per sostenere la sostanziale unità procedimentale, significa allontanarsi dall'esigenza sottesa al principio del *ne bis in idem* ovvero sublimarla in un diverso itinerario concettuale: anche in presenza di una complessiva, in ipotesi proporzionata risposta sanzionatoria, l'individuo non può subire il peso di due procedimenti aventi a oggetto lo stesso fatto; e, tantomeno, un'equilibrata reazione sanzionatoria può trasformare ciò che corrisponde a due procedimenti in uno soltanto».

Non può tacersi, peraltro, che l'omessa indicazione su cosa significhi, in concreto, “proporzionalità” contribuisce a rendere ancora più aleatorio il compito del giudice nazionale. A titolo meramente esemplificativo, si osserva che nell'ordinamento italiano, a fronte di norme speciali quali il già citato art. 187 *terdecies* t.u.f., manca una norma generale che consenta di rispettare il *dictum* della Corte Edu. La volutamente provocatoria soluzione potrebbe identificarsi nell'invocare l'illegittimità costituzionale dell'art. 133 c.p. (in relazione al consueto parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.) nella parte in cui non prevede la possibilità di scomputare la sanzione amministrativa dal *quantum* pena, stante la filosofia prevista dalla l. 689/81, improntata al principio di specialità.

sanzione, sulla base degli stessi presupposti probatori», tralasciando ogni considerazione sulla frizione del principio del contraddittorio nella formazione della prova³⁰¹.

4.1. ... in attesa del pronunciamento della Gran Camera della Corte di Giustizia nelle cause Menci, Garlsson Real Estate SA e a., Di Pume e Zecca ...

Come in precedenza osservato, fino al pronunciamento della Corte Edu del novembre 2016, poteva registrarsi un diverso approccio offerto dai due giudici europei alla garanzia del *ne bis in idem*. La Corte di giustizia, infatti, in certa misura, coerentemente con il ruolo istituzionale rivestito, appariva portatrice di un'istanza, sconosciuta alla Corte di Strasburgo, di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e, in particolare, dell'esigenza di assicurare il rispetto della normativa emanata dai suoi organi legislativi.

Si può affermare che le sentenze *Fransson* e *Grande Stevens* possono sovrapporsi per buona parte degli assunti ivi contenuti: entrambe ricorrono all'*idem factum* ed agli stessi parametri per individuare la definitività della sentenza; inoltre, ambedue utilizzano i criteri *Engel* o, secondo i gusti, *Bonda*.

Se però si pone attenzione all'elemento differenziale fra le due pronunce citate, non può sfuggire che esso sarà da individuarsi in quanto statuito del § 36 della sentenza *Fransson* nella parte in cui rimette al giudice nazionale l'onere di «procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla

³⁰¹ R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem*, cit., p. 3838, per cui «spesso, soprattutto i procedimenti per i reati tributari nascono proprio dalle denunce dell'amministrazione fiscale, che generalmente allega il proprio processo verbale di contestazione. Ciò non di meno, è altrettanto ricorrente che, almeno in dibattimento, di quegli atti vengano espunti alcuni allegati: per esempio le dichiarazioni rese dal soggetto sottoposto a verifica che, nelle procedure amministrative, può essere sentito con garanzie inferiori rispetto a quelle proprie del processo penale in cui è garantito il diritto al silenzio. Posto dunque che una circolazione probatoria tra procedimento penale e procedimento amministrativo esiste e ha passato più volte il controllo di legittimità della Cassazione, è chiaro che una presa di posizione a favore di una raccolta unica del materiale probatorio pare conclusione davvero assai pericolosa (pure se gli anticorpi del nostro codice di rito dovrebbero comunque funzionare da sbarramento all'ingresso di atti acquisiti senza le garanzie del processo penale). Il giudizio non cambierebbe se il procedimento amministrativo dovesse rispettare gli *standard* imposti dall'art. 6 della Convenzione per il giusto processo, posto che non è immaginabile una perfetta sovrapposizione tra le tutele assicurate in sede amministrativa e quelle tipiche del processo penale».

legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza [ove la Corte rammenta che resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione], circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

Orbene, la non esclusione della possibilità di ricorrere ad un cumulo, che, occorre sottolineare, deve essere vagliato non sulla base di una duplicità del procedimento, bensì a condizione che le rimanenti sanzioni abbiano raggiunto il loro scopo e siano proporzionate, richiama, in maniera lampante quell'indicatore della mancanza di *sufficiently close connection* individuato dalla Corte Edu in *A. and B. v. Norway*, appunto, nella proporzionalità fra le sanzioni.

Come efficacemente osservato, si è trattato di una «sorta di braccio di ferro silenzioso e strisciante, creatosi all'indomani dello squarcio della pronuncia *Fransson*: strappo, questo, cui la Corte edu ha dapprima fornito la risposta, “pungente e senza condono”, della sentenza *Grande Stevens* e poi provato, per necessità, a ricucire (provvisoriamente?) con un onorevole armistizio, rappresentato appunto dalla decisione *A. and B. c. Norvegia*»³⁰².

A nostro avviso, questo riallineamento può ricondursi ad un duplice ordine di ragioni.

Da un lato, la Corte Edu potrebbe aver compreso “la forza del nemico”, ossia l'oggettiva impossibilità di portare a casa una partita la cui vittoria, *obtorto collo*, sarebbe passata non solo dalla riorganizzazione del sistema sanzionatorio degli Stati della grande Europa, ma, soprattutto, sullo stravolgimento di logiche eurounitarie alle quali la Corte di giustizia *in primis*, seguita da tutte le istituzioni comunitarie, non avrebbero mai rinunciato.

Dall'altra, non può essere radicalmente escluso che il giudice di Strasburgo abbia solo dichiarato un “cessate il fuoco”, rimandando al momento della stipula del trattato di pace – *id est* l'adesione dell'Unione europea alla CEDU – l'offensiva

³⁰² G. DE AMICIS, P. GAETA, *Il confine di sabbia*, cit., p. 476.

finale, momento in cui – indipendentemente dalla fine delle ostilità – la giustizia viene dettata dai vincitori.

Alla luce di questo riallineamento, inconsueto, posto che l'art. 52, § 3 CDFUE imporrebbe una logica inversa, nella quale, cioè, è la Corte di giustizia che deve allinearsi agli *standard* di garanzia offerti dalla Corte Edu e, eventualmente, superarli, occorrerà interrogarsi sulla sorte delle questioni pregiudiziali pendenti davanti alla Corte di giustizia sollevate dai giudici nazionali italiani.

Il primo rinvio è stato effettuato dal Tribunale di Bergamo³⁰³. La difesa dell'imputato, accusato di aver omesso il versamento delle ritenute IVA, alla prima udienza dibattimentale produceva documentazione attestante l'irrevocabilità della corrispondente sanzione amministrativa, nonché l'accordo di rateizzazione per il pagamento – già iniziato – di una sovrattassa di 84.748,74 €.

Il giudice, pertanto, appurata l'irrevocabilità del procedimento amministrativo, la medesimezza del fatto e la natura penale della sanzione amministrativa, rivolge alla Corte di giustizia il seguente quesito: «se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile».

Circa un anno dopo, la sezione tributaria della Corte di cassazione³⁰⁴, giudice di ultima istanza ed in quanto tale obbligato a sottoporre alla Corte di giustizia interrogativi su cui verta un dubbio interpretativo nell'applicazione del diritto dell'UE, dopo aver ricevuto la restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale con la già citata sentenza 102/2016, vistasi eccepire il *ne bis in idem* da parte del già giudicato con sentenza di patteggiamento davanti al giudice penale per il reato di cui all'art. 185 t.u.f., chiedeva alla Corte di giustizia se ostasse all'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4, Prot. 7, CEDU la possibilità di

³⁰³ Trib. Bergamo, ord. 28 settembre 2015, in *penalecontemporaneo.it*, 28 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*.

³⁰⁴ Cass., sez. trib., ord. 20 settembre 2016, in *penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *A never-ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*.

sottoporre a procedimento amministrativo l'irrevocabilmente giudicato in un procedimento penale³⁰⁵.

Curiosamente, lo stesso giorno in cui la Corte Edu si pronunciava nel caso *A and B v. Norway*, la sezione seconda civile della Corte di Cassazione³⁰⁶ si rivolgeva nuovamente al giudice del Lussemburgo ponendogli un duplice quesito: «se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale, al giudice nazionale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni amministrative che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali»; «se il giudice nazionale, nel valutare l'efficacia, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, ai fini del riscontro della violazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, debba tener conto dei limiti posti dalla dir. 2014/57/UE».

Per il momento la Corte di giustizia non si è ancora pronunciata; l'unica risposta istituzionale, allo stato, è quella offerta dall'Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona nelle conclusioni presentate il 12 settembre 2017 per tutti e tre i rinvii pregiudiziali³⁰⁷.

Dalle articolate considerazioni del giurista spagnolo, in particolare nell'ambito della causa *Menci*, l'aspetto che emerge con più prepotenza è quello

³⁰⁵ In realtà la Corte di cassazione chiedeva anche se fosse possibile per il giudice nazionale applicare direttamente «i principi unionali». Come osservato F. VIGANÒ, *A never-ending story?*, cit., «Il dubbio non riguarda, per la verità, la seconda questione, alla quale la Corte di giustizia ha già dato una risposta nella sentenza *Fransson*, dove testualmente si afferma, al § 45: “Per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”. Più chiaro di così si muore, verrebbe da dire ove si abbandonasse ogni *aplomb* accademico».

³⁰⁶ Cass. civ., sez. II, ord. 15 novembre 2016, n. 23232/16, in *penalecontemporaneo.it*, 28 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*.

³⁰⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 12 settembre 2017, nelle cause c-524/15, *Menci*, c-537/16, *Garlsson Real Estate SA* e nelle cause riunite c-596/16 e c-597/16, *Di Piuma e Zecca*.

che, in certa misura, punta a ristabilire l'ordinato e naturale ordine delle cose, laddove solleva la problematica se sia più opportuno adeguarsi ai *dicta* limitativi della Corte Edu nella sentenza *A. and B. v. Norway* ovvero respingere tale limitazione e mantenere il livello di tutela fissato nella sentenza *Åkerberg Fransson* facendo riferimento alla (precedente) giurisprudenza generale della Corte EDU, applicando la clausola dell'articolo 52, § 3, CDFUE, che non esclude che l'Unione riconosca una tutela più estesa rispetto a quella offerta dalla CEDU.

L'art. 52, § 3, in effetti, obbligando, da un lato, ad interpretare i diritti della Carta corrispondenti a quelli della Convenzione in modo uguale a come sono interpretati nell'ambito della Convenzione stessa, e, consentendo, dall'altro, la possibilità di offrire comunque una maggior tutela, permetterebbe di percorrere entrambe le strade; senonché la norma non disciplina l'antinomia in essa celata, quando cioè un'interpretazione posteriore di una disposizione della CEDU porti a riconoscere ad un diritto una tutela meno estesa rispetto a quella anteriore.

La scelta dell'Avvocato generale appare netta: non seguire il criterio della connessione sufficientemente stretta, per un molteplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché rappresenterebbe un livello di tutela certamente meno esteso rispetto al precedente *Fransson* della Corte di giustizia; in secondo luogo, perché il diritto dell'Unione deve essere di facile comprensione per tutti, di talché l'incertezza e la complessità del criterio elaborato nel caso *A. and B. v. Norway* si risolverebbero nell'impossibilità di applicare il diritto in modo certo e prevedibile.

La soluzione per andare incontro alle esigenze di certezza del diritto è, secondo l'Avvocato generale, quella di elaborare – finalmente – una nozione autonoma per circoscrivere la portata dell'articolo 50 della Carta, rispettando il contenuto minimo della tutela CEDU ed oltrepassandolo. Richiamando il precedente *Spasic* in tema di compatibilità delle condizioni di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS con l'art. 50 CDFUE, viene esaminato se e come sia possibile limitare, ai sensi dell'art. 52 CDFUE, la portata del *ne bis in idem* nell'ambito del doppio binario sanzionatorio.

Nessun dubbio sulla sussistenza della previsione di legge, nonché sull'esigenza di raggiungere una finalità di interesse generale per il diritto dell'UE. Campos Sánchez-Bordona dubita, tuttavia, «che in tale contesto si rispetterebbe il

contenuto essenziale del diritto a non essere giudicato o condannato penalmente due volte per la stessa violazione. In ogni caso, ed è questo il fattore chiave, la limitazione finora analizzata non mi sembra necessaria ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta»³⁰⁸. La non necessità, del resto, emerge dal fatto che, da una panoramica dei sistemi punitivi degli Stati membri, il doppio binario sia solo una delle soluzioni.

Palesata la preferenza per i sistemi a binario unico³⁰⁹, l'Avvocato generale osserva come, di fatto, in tali ordinamenti la duplicità del procedimento non è nemmeno messa in pericolo, posto che la sanzione penale e, pertanto, l'intervento del giudice, intervengono solamente qualora emerga il superamento di una data soglia, con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero³¹⁰. La giurisdizione penale, quindi, provvede – un'unica volta – alla comminazione della sanzione che, e ciò non rileva ai fini del *ne bis in idem* processuale, potrà essere variamente composta da sanzioni economiche o privative della libertà personale.

Nei sistemi a doppio binario di procedimenti sanzionatori, per contro, l'irrogazione di una duplice sanzione «non è una esigenza *necessaria* che autorizzi a limitare il diritto protetto dal principio del *ne bis in idem*, nemmeno al lodevole scopo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione ed evitare che le frodi gravi restino impunte»³¹¹.

La soluzione suggerita alla Corte, quindi, è quella – banalmente – di applicare la giurisprudenza *Fransson*, guardando, in buona sostanza, se i fatti sono i medesimi e se la sanzione amministrativa ha natura penale.

Campos Sánchez-Bordona si spinge anche un po' oltre. Paventando che la Corte di giustizia possa aderire alla *sufficiently close connection*, si premura di precisare che, fra l'altro, nel caso di specie – ma non ravvisiamo ragioni per non estendere a tutta la normativa italiana, con l'eccezione non troppo convinta del testo

³⁰⁸ Conclusioni, causa c-524/15, *Menci*, § 82.

³⁰⁹ P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del ne bis in idem non è ancora finita*, in *dirittounioneuropea.it*, ottobre 2017, per cui «[l'Avvocato generale] ritiene che, laddove esista un doppio procedimento, ancorché misto (amministrativo e penale), di norma vi è violazione del principio del *ne bis in idem*, e che nemmeno il lodevole scopo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione possa costituire una esigenza necessaria ad autorizzare una limitazione del diritto protetto dal principio in parola»

³¹⁰ Conclusioni causa c-524/15, *Menci*, nota 78.

³¹¹ Conclusioni, causa c-524/15, *Menci*, § 88.

unico finanziario – difetterebbe il requisito della proporzionalità, posto che la normativa italiana: «i) non prevede il coordinamento tra procedimenti penali e amministrativi, ii) non impone alle autorità partecipanti ai suddetti procedimenti di collaborare tra loro, al fine di evitare aggravii eccessivi per il singolo e iii) non istituisce un sistema di coordinamento o compensazione delle sanzioni, limitandosi a stabilire che le sanzioni amministrative sono esigibili solo al termine del procedimento penale»³¹².

Resta quindi da attendere il pronunciamento della gran Camera, nell'auspicio che, seguendo la linea dell'Avvocato generale³¹³, sia ristabilito l'ordine del sistema e, dopo essere stata superata dalla Corte Edu con la sentenza *Grande Stevens*, la Corte di giustizia voglia riprendersi il primato nell'offrire tutela al diritto del *ne bis in idem*.

5. ... Isola d'Elba o Sant'Elena?

Così ripercorsa la materia del *ne bis in idem* nell'ambito del doppio binario che, senz'ombra di dubbio, sembrerebbe affrontare un momento di grandi e gravi stravolgimenti, non resta che tirare le somme e provare a comprendere quali potrebbero essere gli scenari futuri.

Se ci si fermasse a prendere atto del solo precedente *A. and B. v. Norway*, l'epoca *post-rivoluzionaria* parrebbe trovarsi di fronte ad una seria fase di recessione. Il movimento che ha fatto emergere il divieto del *bis in idem* nella sua massima estensione, sembrerebbe destinato ad un lento tramonto a tutto vantaggio dei fautori della moltiplicazione dei procedimenti sull'altare dell'efficienza della

³¹² Conclusioni, causa c-524/15, *Menci*, § 123.

³¹³ Circa le concrete conclusioni dell'Avvocato generale: sul fronte del doppio binario sanzionatorio penale tributario, propone di rimettere al giudice nazionale la valutazione sulla natura penale della sanzione, suggerendo «chiaramente una risposta positiva, in relazione alla natura repressivo/punitiva di una sanzione che non si limita al recupero della somma evasa e ai relativi interessi, ma che comporta altresì l'obbligo di pagamento di una sovrattassa»; sul fronte degli abusi di mercato, «conclude senz'altro sia nel senso della sussistenza di un *idem* (conclusioni in causa *Garlsson*, par. 58-60), sia nel senso della sussistenza del *bis* (par. 61-81), non essendovi – nemmeno in questo caso – alcuna ragione per ammettere una limitazione del diritto convenzionale sulla base del principio di proporzionalità di cui all'art. 50 par. 1 CDFUE».

macchina repressiva, che opera bene su un binario, ma, *melius abundare quam deficere*, lavora ancora meglio su due binari.

Ebbene, si fatica a tacere il fatto che, come accadde all'indomani della sentenza *Grande Stevens*, non si sono visti radicali cambiamenti: i giudici italiani di legittimità, a dimostrazione dell'ermetica chiusura³¹⁴, hanno continuato a non riconoscere la violazione del *ne bis in idem*³¹⁵; la Corte Edu, per contro, pur applicando il criterio della *sufficiently close connection*, ha riconosciuto la violazione dell'art. 4, Prot. 7, CEDU³¹⁶.

Il prossimo passo, come accennato, sarà compiuto dalla Corte di giustizia: la storia, in ogni caso, è tutt'altro che conclusa, considerato che l'unica soluzione che possa garantire un certo grado di stabilità passa necessariamente dall'adesione dell'Unione europea alla Convenzione, sicché la Corte di giustizia dovrà, *ex lege*, adeguarsi ai *dicta* della Corte Edu e, volendo, potrà – in *bonam partem* – superarli.

Siccome, per il momento, *il matrimonio non s'ha da fare*, il terreno del *ne bis in idem* – non solo nel doppio binario sanzionatorio – sarà soggetto a continui smottamenti.

³¹⁴ Sul punto non abbiamo contezza – né prima, né dopo la sentenza *A. and A. c. Norvegia* – di casi in cui la Corte di cassazione abbia pronunciato sentenze *ex art. 649 c.p.p.* o, comunque, avallato pronunce di proscioglimento dei giudici di merito, per precedente giudicato amministrativo.

³¹⁵ Cass. pen., sez. III, 1 marzo 2017, n. 35156, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4370, con nota di B. ROSSI; Cass. pen., sez. II, 15 dicembre 2016, n. 9184, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2836.

³¹⁶ C. Edu, prima sezione, *Jóhannesson and Others v. Iceland*, sentenza del 18.5.2017, ric. n. 22007/11, commentata da F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2017; e da A. MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4578.

Capitolo quarto. Il principio del *ne bis in idem* nella dimensione nazionale

SOMMARIO: 1 L'art. 649 c.p.p. quale naturale conseguenza del giudicato – 2 La progressiva espansione interpretativa del divieto di un secondo giudizio sino ad uno sconfinamento nella litispendenza – 3 Gli effetti preclusivi del giudicato limitatamente all'*eadem persona* – 4 Gli effetti preclusivi del giudicato limitatamente all'*idem factum* – 4.1 Giurisprudenza e dottrina alle prese con la nozione di medesimo fatto: coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato nella dimensione storico-naturalistica e giuridica vs disamina limitata alla sola condotta – 4.2 Il medesimo fatto e il concorso formale di reati – 4.3 La sentenza del 21 luglio 2016, n. 200: fine della disputa o nuovo approccio ermeneutico (rinvio) – 4.4 Il medesimo fatto e il reato progressivo – 4.5 Il medesimo fatto ed i reati abituali e permanenti – 5.1 La rilevabilità del divieto in ogni stato e grado del procedimento ed onere di allegazione – 5.2 I provvedimenti preclusivi ad un nuovo giudizio: la sentenza, il decreto penale, la sentenza ai sensi dell'art. 425 c.p.p. ... – 5.3 ... il provvedimento di archiviazione – 6 Le eccezioni al principio del *ne bis in idem* – 7 L'art. 669 c.p.p. quale rimedio di natura repressiva.

1. L'art. 649 c.p.p. quale naturale conseguenza del giudicato

L'art. 649 c.p.p., la seconda norma che il legislatore del 1988 ha collocato nel libro dedicato all'esecuzione, rappresenta uno dei principali corollari che caratterizzano la cosa giudicata in materia penale.

Dal giudicato, raggiungibile attraverso un atto, la sentenza, che «dichiara quale sia la volontà della legge nel caso concreto», deriva «un'autorità assoluta, equivalente a quella della legge stessa»³¹⁷.

La cosa giudicata, infatti, è tale in quanto «significa decisione immutabile o irrevocabile»³¹⁸, non suscettibile cioè di impugnazioni (salvo quelle straordinarie), come chiaramente sancito dall'art. 648 c.p.p., che, appunto, stabilisce che le

³¹⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, UTET, Torino, 1956, Vol. IV, p. 451; G. DE LUCA, *Giudicato – dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, p. 1, per cui «L'autorità non è la cosa giudicata, ma un attributo della stessa, che si esprime nella formula “*auctoritas rei iudicatae*” dove l'attributo sta ad indicare (*ad augendo*) un accrescimento del valore giuridico della decisione».

³¹⁸ G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Jovene, Napoli, 1961, p. 321.

sentenze sono irrevocabili quando non è più ammessa impugnazione ovvero, se questa è ammessa, dal momento in cui è spirato il termine per proporla e, nel caso del decreto penale, quanto è spirato il termine per opporsi³¹⁹.

In questi termini, ben si può esaltare la *ratio* di esigenza di certezza del diritto nel caso concreto, ossia, in buona sostanza, il fondamento politico della cosa giudicata, rispondente ad una logica di prevenzione generale volta a salvaguardare tutti i limiti connessi ad «ogni insicurezza sulla definitività dell'accertamento del reato delineandosi come ragione di sfiducia nella funzione statale della persecuzione del reato sostitutiva della vendetta privata e satisfattrice del senso di giustizia della società»³²⁰.

L'esigenza di certezza del diritto è chiaramente finalizzata altresì ad evitare che all'interno dell'ordinamento siano presenti fra loro incompatibilità pratiche, nel senso della contemporanea presenza di comandi fra loro inconciliabili³²¹.

Ciononostante, si deve ribadire che le due esigenze connesse alla certezza del diritto, individuale e collettiva, sono complementari³²² e, oggi, ma non si tratta di un assunto recente, si denota una netta prevalenza della prima. Si è già osservato, infatti, come le fonti sovranazionali abbiano ormai elevato il principio del *ne bis in idem* a diritto soggettivo: l'art. 4, prot. 7, CEDU e l'art. 50 CAAS eliminano ogni dubbio in tal senso³²³.

Non può del resto tacersi la significatività della collocazione della norma di cui all'art. 90 c.p.p. del codice Rocco (corrispondente all'odierno art. 649 c.p.p.),

³¹⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1200.

³²⁰ G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 323.

³²¹ G. DE LUCA, *Giudicato*, cit., p. 2, per cui «se invece le due pronunce contengono apprezzamenti di fatto e di diritto tra loro logicamente inconciliabili, le due pronunce possono coesistere», salva, in determinate ipotesi, la possibilità di ricorrere alla revisione.

³²² R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in L. KALB (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, IV, UTET, Torino, 2009, p. 34.

³²³ E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 432, il quale lega l'elevazione del principio a diritto soggettivo valorizzando l'essenza del giusto processo: «la crescente considerazione in seno all'Unione Europea dei principi connaturati alle garanzie del giusto processo legale, in uno con l'affermazione del divieto di *ne bis in idem*, operata dall'art. 50 della Carta dei diritti di Nizza, impongono la riconduzione della dinamica preclusiva nel novero dei diritti soggettivi a tutela indefettibile oltre che nell'alveo dei canoni di ragionevolezza e regolarità della giurisdizione penale». V. P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 33, nota 22.

che inseriva la regola del *ne bis in idem* fra le norme relative all'imputato³²⁴, sebbene, ma per mere esigenze argomentative, nei trattati dei Maestri del diritto processuale penale italiano, il *thema* sia sempre stato affrontato nella parte dedicata all'esecuzione, posto che si tratta – comunque – di un effetto preclusivo del giudicato.

In buona sostanza, l'essenza del principio si individua nella necessità di sottrarre il singolo ad una persecuzione perpetua: una volta che un individuo ha subito un processo non può esservi sottoposto nuovamente per quella medesima condotta, per la quale è già stato giudicato, indipendentemente dall'esito, poiché l'*auctoritas* della sentenza conferisce quella «specificca efficacia che consiste nell'impedimento processuale all'instaurarsi di un nuovo processo intorno alla medesima lite»³²⁵. La cosa giudicata in materia penale, in altri termini, «sottrae il cittadino a ogni ulteriore persecuzione per il medesimo fatto: nello sfondo l'esigenza d'un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale»³²⁶.

Cosa giudicata formale, tendente ad impedire una pluralità di sentenze sullo stesso oggetto, e cosa giudicata sostanziale, finalizzata a evitare una pluralità di processi «*de eadem re*», in effetti, «concorrono a chiudere il cerchio delle garanzie idonee a salvaguardare l'intangibilità del risultato» e la prima funge da presupposto della seconda³²⁷.

La preclusività del giudicato, intesa quale limite alla persecuzione nei confronti della stessa persona, ben si sposa con un processo di tipo accusatorio, che,

³²⁴ G. CIANI, sub art. 649, in G. LATTANZI – E. LUPO (a cura di), *Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Volume IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 25.

³²⁵ G. DE LUCA, *Giudicato* cit., p. 1.

³²⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1059. L'Autore confuta le teorie di coloro i quali non sono d'accordo: «qualcuno muove da una professione di fede comunitaria contrapponendo la sintesi all'analisi, l'unisono della vita collettiva all'isolamento degli individui; c'è poi chi ha rinunciato alle ideologie o meglio, professando quella della perfezione tecnica, di tutte la più squallida, da questo punto di vista giudica con antipatia un istituto che visibilmente impedisce una giustizia tecnicamente perfetta; altri ancora negano che il giudicato abbia un senso nel processo penale, dove non si discute sull'avere ma sull'essere di una persona secondo il santo fine d'una redenzione del colpevole, il quale infatti, viene punito nel proprio interesse. Dei tre concetti il primo legittima ogni sopraffazione dell'individuo in nome degli asseriti valori comunitari e lo degrada da cittadino a suddito, a beneficio di un'astrazione qual è la collettività, mentre il secondo tradisce un vuoto morale aperto ad ogni possibile contenuto; il terzo, proposto a quel modo, sembra una figura letteraria più che un assunto ragionato, eppure implica gravi conseguenze quanto i primi due».

³²⁷ G. DE LUCA, *Giudicato*, cit., p. 1, per cui «non è sufficiente quindi l'irrevocabilità della sentenza, ma occorre garantire l'intangibilità del contenuto della stessa impedendo un nuovo giudizio sullo stesso oggetto: a ciò provvede la cosa giudicata sostanziale».

a differenza dell'inquisitorio nel quale «ogni conclusione è perfettibile, *ad infinitum*», invece, «impone forme e tempi esatti»³²⁸. Il principio, nella sua accezione moderna, diversamente, cioè, dal diritto romano, deriva, del resto, dalla tradizione anglosassone, genitrice del modello.

Tanto osservato, l'irrevocabilità della sentenza, o meglio, l'autorità della cosa giudicata, consta di due diverse forze³²⁹: *actio iudicati*, la cristallizzazione dell'imperio contenuto nella sentenza, non suscettibile di impugnazione, costituisce «il titolo esecutivo per realizzare coattivamente la pretesa punitiva fattasi valere con l'azione penale»; *exceptio rei iudicatae*, nessun giudice potrà pronunciarsi nuovamente sul medesimo fatto nei confronti della stessa persona e nel caso in cui ciò accada «l'unica soluzione tecnicamente possibile è che il secondo giudice si dichiari soggetto al precedente e, quindi, declini la pronuncia sul merito»³³⁰.

2. La progressiva espansione interpretativa del divieto di un secondo giudizio sino ad uno sconfinamento nella litispendenza

Come si è osservato, il presupposto indispensabile per l'operatività del divieto di *bis in idem* è costituito dall'irrevocabilità della prima sentenza.

Tale asserzione solleva due profili problematici. Da una parte, occorre domandarsi cosa accada nei casi in cui il provvedimento non possa essere, per definizione, irrevocabile, come ad esempio la sentenza ai sensi dell'art. 425 c.p.p.; dall'altra, si deve indagare su quali siano le conseguenze nel caso in cui l'accusato sia sottoposto ad una duplice persecuzione giudiziale, da parte dello stesso ufficio giudiziario, e nessuno dei due procedimenti sia stato definito con sentenza passata in giudicato.

³²⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1201.

³²⁹ V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 453, per cui i termini «*actio iudicati*, ed *exceptio rei iudicatae*, tratti dal diritto civile, non esprimono esattamente gli effetti dell'autorità della cosa giudicata penale, perché le sentenze penali sono eseguite, di regola, d'ufficio, e l'esecuzione si avvera di pieno diritto e automaticamente, senza bisogno di azioni o eccezioni le quali sono soltanto mezzi eventuali per far valere l'autorità della cosa giudicata quando si tenti di disconoscerla».

³³⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1060.

Rinviando la trattazione del primo profilo problematico alle pagine che seguiranno, si osserva, sin d'ora, che – effettivamente – la situazione della persona che si trovi sottoposta a due processi per il medesimo fatto non è poi tanto diversa da quella in cui sia già stata definitivamente giudicata in un processo e si trovi a doverne affrontare un altro per lo stesso fatto: doppio è il processo che, in quanto tale, è esso stesso una pena; doppie sono le spese, sia della persona che si difende, sia dello Stato che istruisce la procedura; innegabile è il rischio che le decisioni dei due processi giungano a risultati contrastanti o inconciliabili.

Nella vigenza del codice Rocco, la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità³³¹, finanche dalla Corte Costituzionale³³², investita della questione avente ad oggetto la pretesa incompatibilità dell'art. 90 c.p.p. abr. con l'art. 3 Cost., nella parte in cui «prevedendo la non reiterabilità del procedimento per uno stesso fatto solo per l'imputato condannato o prosciolto con sentenza divenuta irrevocabile, non la esclude anche quando la sentenza non sia ancora passata in giudicato», non lasciava margini di apprezzamento: l'irrevocabilità della sentenza era considerata *conditio sine qua non* per l'operatività del *ne bis in idem*; il limite testuale della norma appariva insuperabile³³³.

Nei primi anni di vigenza del codice Vassalli, in realtà, la situazione non pare subire particolari mutamenti³³⁴.

³³¹ *Ex multis*, Cass. pen., sez. I, 8 giugno 1982, in *Giust. pen.*, 1983, p. 460, per cui «La preclusione processuale di cui all'art. 90 c.p.p. presuppone l'irrevocabilità della sentenza; per cui il “*ne bis in idem*” consacrato dalla norma evita il ripetersi e la contraddittorietà dei giudicati». Per un'applicazione particolare del rapporto fra litispendenza e *ne bis in idem*, v. G. FOSCHINI, *La litispendenza nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, p.19: a seguito di un incidente stradale, una persona veniva condannata in primo e secondo grado; con il processo pendente in cassazione, si verifica l'evento morte della persona offesa; il procuratore generale chiede alla cassazione di sospendere il processo; la cassazione non sospendeva, ma rinviava.

³³² Corte Cost., 14 gennaio 1976, n. 6, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 32, per cui le due «situazioni sono profondamente differenziate sul piano giuridico e perciò il diverso trattamento è di per sé giustificato».

³³³ S. ZUMBO, *Duplicazione di procedimento e ne bis in idem*, in *Giust. pen.*, 2007, III, p. 195, per cui «abborriva l'idea di riconnettere il tipico vincolo negativo dell'istituto della cosa giudicata – il cosiddetto *ne bis in idem*, ad una mera sentenza che nulla aveva a che vedere con la *somma preclusione* rappresentata da un giudizio definitivo».

³³⁴ *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 30 marzo 1998, n. 7953, in *Cass. pen.*, 2000, p. 339, per cui «Il principio del “*ne bis in idem*” statuito dall'art. 649 c.p.p. postula una preclusione derivante dal giudicato formatosi per l'*eadem res* e l'*eadem persona*, e presuppone la produzione innanzi al giudice di merito della sentenza irrevocabile, per il necessario accertamento sia del passaggio in giudicato del provvedimento, sia dell'univocità del fatto. Per quanto concerne invece la Corte di cassazione, la sua competenza funzionale comporta il divieto per questo giudice dell'accertamento del fatto e, per la parte, di produrre documenti concernenti elementi fattuali, la cui valutazione è rimessa esclusivamente al giudice di merito. Il principio non è inconciliabile con l'ipotesi del

Solo dopo alcuni anni iniziano a registrarsi timide, in termini di numeri, aperture da parte della giurisprudenza di legittimità³³⁵ e di merito³³⁶ nel senso di ricorrere ad una lettura estensiva, oltre il dato letterale, dell'art. 649 c.p.p.

Sul contrasto³³⁷ – opportunamente – interviene la Corte di cassazione nel suo consesso più autorevole³³⁸, aprendo la strada ad un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p., ammettendo apertamente una forzatura del dato testuale.

Come di consueto, le Sezioni Unite, preso atto che – effettivamente – nel caso di specie i due processi (entrambi per ricettazione, uno pendente in grado di

passaggio in giudicato della sentenza nelle more del giudizio di cassazione, perché il soggetto non rimane senza tutela, potendo fare valere la preclusione davanti al giudice dell'esecuzione», ricorrendo al rimedio di cui all'art. 669 c.p.p.; Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 2005, n. 13171, in *CED Cass. pen.*, 2005, per cui «Il divieto di sottoporre taluno ad un procedimento penale, quando per lo stesso fatto sia stato celebrato un precedente giudizio, opera solo a condizione che quest'ultimo sia stato definito con sentenza o con decreto penale divenuti irrevocabili, come testualmente dispone l'art. 649 c.p.p. Ne consegue l'illegittimità della sentenza che disponga non doversi procedere, nei confronti dell'imputato, sul solo presupposto che questi sia sottoposto ad altro giudizio per il medesimo fatto, sebbene lo stesso ancora non sia stato concluso mediante un provvedimento irrevocabile»; Cass. pen., sez. I, 26 maggio 1999, n. 3899, in *CED Cass. pen.*, 2005, in cui la Suprema Corte di cassazione, nel dichiarare inammissibile il conflitto di competenza fra la Corte di appello di Brescia (ove pendeva il giudizio di impugnazione) e il Tribunale di Mantova (distretto, appunto, di Brescia) ove era in corso il processo, ha subordinato l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. all'irrevocabilità della sentenza.

³³⁵ Cass. pen. sez. V, 10 luglio 1995, n. 1919, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2611, per cui «L'art. 649 c.p.p. (divieto di un secondo giudizio), al pari delle norme sui conflitti positivi di competenza (art. 28 s. c.p.p.) e dell'art. 669 c.p.p. (che disciplina il caso in cui siano emesse più sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona), costituisce espressione del generale principio di *ne bis in idem*, che tende ad evitare che per lo stesso fatto-reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti anche non irrevocabili, l'uno indipendente dall'altro, e porre rimedio alle violazioni del principio stesso. Conseguentemente, non è consentito, in pendenza di un procedimento in grado di appello, che venga iniziato per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona un nuovo procedimento e venga emessa un'ordinanza di custodia cautelare»; Cass. pen., sez. VI, 25 febbraio 2002, n. 31512, in *Cass. pen.*, 2003, n. 31512, per cui «In pendenza di un procedimento definito con sentenza di primo grado non irrevocabile, non è consentito celebrare, per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona, un nuovo processo, atteso che il principio del "*ne bis in idem*", il quale tende ad evitare che per lo stesso fatto-reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, ha portata generale e più ampia di quella formalmente espressa dall'art. 649 c.p.p., trovando espressione nelle norme sui conflitti positivi di competenza (art. 28 c.p.p.), o sui contrasti positivi tra uffici del p.m. (artt. 54 *bis*, *ter*, *quater* c.p.p.) e nella disciplina della ipotesi in cui, per il medesimo fatto, siano state emesse più sentenze nei confronti della stessa persona (art. 669 c.p.p.)».

³³⁶ Trib. Milano, Ufficio GIP – sent. 16 febbraio 1999 (dep. 6 aprile 1999), in *Foro ambr.*, 1999, p. 330, con nota di F. M. MOLINARI, *Sull'applicabilità del principio ne bis in idem nel caso di duplicazione di procedimenti in corso per lo stesso fatto*, vicenda nella quale lo stesso ufficio della Procura della Repubblica portava avanti due procedimenti a carico della stessa persona, scaturiti da una querela e da una denuncia. Uno giungeva a dibattimento, l'altro all'udienza preliminare. Il GUP emetteva sentenza ai sensi dell'art. 425 c.p.p. «fondando la propria decisione su un'interpretazione estensiva dell'art. 649 c.p.p.».

³³⁷ F. IZZO, *La litispendenza e il ne bis in idem: lo scontro è fra efficienza e garanzia*, in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 20, p. 56.

³³⁸ Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28.

appello e l'altro conclusosi con sentenza *ex artt.* 129 e 649 c.p.p., avverso la quale il Procuratore Generale ricorreva per cassazione) avevano lo stesso oggetto, posto che le imputazioni coincidevano in tutti gli elementi (soggetti, condotte, oggetto materiale del reato, reato presupposto di furto, condizioni di tempo e luogo), e non poteva certo assumere rilevanza il fatto che nel primo processo fosse contestata la fattispecie concorsuale, mentre nel secondo si imputavano due ricettazioni monosoggettive, procedono ad analizzare la giurisprudenza di legittimità, riconoscendo la sussistenza di un contrasto in seno alla stessa Corte.

Un primo orientamento, al quale aderiva altresì la sezione remittente, «formatosi sull'art. 90 del codice abrogato», che non si allontanava dalla «rigida osservanza del limite testuale», assumeva che solo una sentenza irrevocabile potesse legittimare una pronuncia di non doversi procedere per improcedibilità dell'azione penale. Un secondo orientamento, aderendo ad un più recente ma meno «consistente filone interpretativo» proponeva una dimensione applicativa dell'art. 649 c.p.p. «più ampia di quella che traspare dalla enunciazione letterale», giacché tale norma, «al pari delle norme sui conflitti positivi di competenza e dell'art. 669, esprime “un costante orientamento di sistema, dettato ad evitare duplicità di decisioni” e un “generale principio di *ne bis in idem* che tende innanzi tutto ad evitare che per lo stesso fatto reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, l'uno indipendente dall'altro”». Tale ultimo orientamento, peraltro, era valorizzato anche da una serie di pronunce della Corte costituzionale³³⁹, che non

³³⁹ C. Cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1371, con la quale veniva dichiarata non fondata «la questione di legittimità costituzionale dell'art. 555 comma 2, in relazione all'art. 414 c.p.p., sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui non consente di rilevare o eccepire la nullità del decreto di citazione nel caso di mancata autorizzazione alla riapertura delle indagini preliminari (la Corte ha osservato che in tal caso deve ritenersi precluso l'esercizio dell'azione penale e, dunque, impedita la procedibilità, non diversamente da ciò che accade nell'ipotesi di mancata revoca della sentenza di non luogo a procedere per la quale è da ritenersi operante l'istituto del “*ne bis in idem*”)». Cfr. F. CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1374, in cui l'Autore ritiene che la Corte avrebbe potuto liquidare la questione se non avesse trascurato «il combinato di disposto dell'art. 178 lett. b) e 179 comma 1 c.p.p., a norma del quale, come è noto, deve intendersi prescritta a pena di nullità assoluta l'osservanza di tutte le disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale», sicché l'essersi avventurata nell'«*insidioso terreno dell'interpretazione dell'art. 414 c.p.p.*» ha generato il risultato di un «discutibile accostamento tra gli effetti *ex art.* 414 c.p.p. del provvedimento di archiviazione e l'efficacia *stricto sensu* preclusiva derivante dal giudicato penale, nella sua forma “tipica” descritta nell'art. 649 c.p.p. come in quella “attenuata” caratteristica della sentenza di non luogo a procedere». C. Cost., 6 marzo 2002, n. 39, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2084, in cui la Corte dichiarava «manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., la q.l.c. dell'art. 34 c.p.p., nella parte in cui non prevede come

negava una «accezione più piena del principio *ne bis in idem*, tale che in esso sia compreso il divieto di sottoporre a procedimento penale una stessa persona più di una volta per il medesimo fatto»³⁴⁰.

Nei punti seguenti, la Corte di Cassazione stigmatizza alcune delle soluzioni offerte al problema della duplicazione dei processi nella stessa sede giudiziaria, a cui ricorrevano talune sezioni semplici o giudici di merito.

In primo luogo, viene negata efficacia risolutiva al ricorso alla normativa disciplinante i conflitti di competenza³⁴¹ poiché tale soluzione si propone di colmare una lacuna normativa, consistente nel fatto che «il codice di procedura penale regola, nell'art. 28, comma, 1, lett. b), soltanto la categoria dei conflitti “propri” di competenza, senza indicare alcuna esplicita soluzione normativa per la litispendenza dei processi, in fasi o in gradi diversi, dinanzi a giudici della medesima sede giudiziaria» ed alla soluzione non può nemmeno giungersi tramite il ricorso alle norme sui conflitti “impropri” di cui all'art. 28, comma 2, c.p.p.³⁴².

Parimenti inaccettabile per la risoluzione della questione, sarebbe il ricorso alla prassi, peraltro suggerita dallo stesso Procuratore Generale ricorrente,

causa di incompatibilità all'esercizio delle funzioni di giudice dell'udienza preliminare il precedente svolgimento delle medesime funzioni di giudice dell'udienza preliminare, in relazione allo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto», poiché, in tal caso il giudice non è chiamato a svolgere una nuova valutazione contenutistica dei fatti in vista di una decisione di merito, che costituisce la condizione necessaria per far valere l'incompatibilità prevista dall'art. 34 c.p.p..

³⁴⁰ C. Cost., 12 luglio 2001, n. 318, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 4, vicenda nella quale la Consulta dichiarava la «manifesta inammissibilità della q.l.c. dell'art. 530 c.p.p., sollevata, in riferimento agli art. 111 comma 2, 3 e 24 cost., nella parte in cui non prevede la condanna dello Stato al rimborso delle spese in favore dell'imputato assolto. Infatti, il censurato art. 530, concernente le sentenze di assoluzione e le loro varie formule, contrariamente a quanto ritiene il rimettente, non può trovare applicazione nel giudizio “*a quo*”, poiché è indubitabile che, essendo già stata pronunciata sentenza di condanna, ancorché non divenuta irrevocabile, l'imputato non può essere assolto, in applicazione del divieto di “*bis in idem*”, per quel medesimo fatto solo perché è già stato giudicato». In tale pronuncia, al di là dell'interessante questione, liquidata dalla Consulta quale «implausibile censura», viene ribadito, come peraltro affermato in Corte Cost. 19 gennaio 1995, n. 27, che l'operatività dell'art. 529 c.p.p. non è limitata «ai casi di difetto delle condizioni di procedibilità espressamente enumerate nel Titolo III del Libro V del codice di procedura penale, ma può essere ragionevolmente estesa fino a comprendere tutte le ipotesi in cui per quel medesimo fatto l'azione penale non avrebbe potuto essere coltivata in un separato procedimento perché già iniziata in un altro».

³⁴¹ A. BARGI, *Conflitti e contrasti sulla competenza del nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1488.

³⁴² La Corte disconosce sia «l'applicazione del criterio della progressione attraverso l'assorbimento dell'un procedimento nell'altro», sicché, in caso di procedimenti pendenti in fasi diverse, la competenza spetti al giudice di quella in fase più avanzata, sia il fuoriuscire dalla categoria della litispendenza ricorrendo alla continenza «qualificata dalla circostanza che le reg Giudicande sono identiche soltanto parzialmente, in quanto l'una è più ampia e comprende interamente l'altra, dovendo, in tale situazione, i procedimenti concentrarsi dinanzi al giudice investito della cognizione del fatto più esteso».

consistente nel «frenare il corso del primo processo in modo che l'altro possa pervenire alla stessa fase o grado e ne sia, quindi, possibile la riunione, ovvero di sospendere il processo successivo sino a quando il primo si concluda con una sentenza irrevocabile che renda applicabile la regola del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p.», posto che l'art. 3 c.p.p. (che elenca tassative ipotesi di sospensione) e l'art. 50 c.p.p. (secondo cui l'azione penale può essere sospesa nei soli casi espressamente previsti dalla legge) non lasciano la possibilità di ricorrere a questo espediente.

Le Sezioni Unite, dunque, aderiscono all'indirizzo che riconosce una portata più ampia rispetto al dato testuale dell'art. 649 c.p.p. poiché tale norma costituisce «un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento».

La Corte ricorda l'appartenenza del divieto alle preclusioni processuali, che assolvono «la funzione di scandire i singoli passaggi della progressione del processo e di regolare i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri delle parti e del giudice» e sono finalizzate a «costituire un impedimento all'esercizio di un potere del giudice o delle parti [...] ovvero del pregresso esercizio dello stesso potere», intendendosi, dunque, la preclusione quale consumazione del potere³⁴³.

Il potere consumato, che genera la preclusione, è quello del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, che non solo è irretrattabile, ma altresì non reiterabile: «insuperabili esigenze di ordine logico e sistematico impongono di ritenere che lo stesso ufficio del pubblico ministero che ha esercitato l'azione penale in relazione ad una determinata imputazione non possa successivamente promuovere un nuovo processo contro la stessa persona per il medesimo fatto, per la semplice ragione che, restando immutati i termini oggettivi e soggettivi della

³⁴³ M. BONTEMPELLI, *La litispendenza e il divieto di doppia decisione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1322, che osserva che «esulano, evidentemente, dal discorso portato avanti dalle Sezioni Unite, i casi in cui una seconda vicenda giudiziaria sullo stesso oggetto venga avviata prima dell'inizio del processo».

regiudicanda, è definitivamente consunto il potere di azione di cui quell'ufficio è titolare».

Il pregio della decisione, forse, risiede in questa “retrocessione temporale” del *ne bis in idem*. Il ricorso alla preclusione, infatti, permette alla corte di spostare – indietro – il baricentro dell'argomento. Non si deve, cioè, attendere l'irrevocabilità della sentenza affinché si applichi la preclusione, ma questa trova – o dovrebbe trovare – operatività nel momento in cui il pubblico ministero voglia reiterare l'azione penale.

Del resto, se non vi fosse la preclusione-consumazione del potere del pubblico ministero di reiterare l'azione penale, tutt'altro che ipotetico sarebbe il rischio di ricorrere a «prassi anomale ed a condotte qualificabili come vero e proprio abuso del processo»³⁴⁴, intendendo, con tale espressione, ad esempio, il reiterare un'azione – nel processo penale quella pubblica – perseguendo, nei casi più gravi e patologici, un frazionamento del rischio di ottenere una pronuncia non favorevole³⁴⁵.

Diversamente opinando, del resto, emergerebbe un contrasto altresì con l'art. 111 Cost., che, oltre a richiedere il rispetto della parità delle parti e la ragionevole durata del processo, sottende anche il diritto dell'imputato a non essere perseguito più di una volta per lo stesso fatto³⁴⁶.

Chiaramente, nell'alveo della preclusione-consumazione, rientra altresì «il potere di “*ius dicere*” ad opera del giudice dello stesso ufficio investito della cognizione dell'identica regiudicanda nel secondo procedimento». La «felice

³⁴⁴ L. LUPARIA, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 143 per cui «nel retroterra argomentativo della Corte è possibile rinvenire il riferimento, nemmeno troppo implicito, proprio a casi di deviazione degli strumenti in mano alla parte pubblica, tali da determinare la compromissione della *fairness* processuale». L'Autore ricollega, «fatte ovviamente le debite distinzioni», la preclusione evidenziata dalle Sezioni Unite nella sentenza Donati alla costruzione da parte del giudice di *common law* «di “barriere atipiche” alle attività processuali delle parti», che «vede gli albori precisamente in relazione ad ipotesi di avviamento, contemporaneo o diacronico, di procedimenti *in idem*» (p. 142). In tema di abuso del processo, S. ZUMBO, *Duplicazione*, cit., p. 226.

³⁴⁵ In tema, G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 512, per cui «la *litispendenza*, tuttavia, è particolarmente significativa nella prospettiva dell'abuso. Lo sdoppiamento del giudizio è sovente determinato dalla volontà d'una parte di aggirare le garanzie attivate nel procedimento originario, o comunque di superarne gli esiti al di fuori degli ordinari meccanismi di controllo e sindacato delle decisioni giudiziali».

³⁴⁶ G. AMATO, *Estensione del «ne bis in idem» sulla base di principi generali*, in *Guid. dir.*, 2005, fasc. 40, p. 76.

intuizione» delle Sezioni Unite sarebbe stata ancora più appropriata qualora si fosse espressa in termini di «dovere di non decidere nel merito del secondo procedimento, dal momento che la causa di improcedibilità non elimina i presupposti affinché il giudice decida validamente, ma costituisce il dovere di decidere in un dato senso»³⁴⁷.

Indubbiamente la soluzione a cui giunge la Corte di Cassazione rappresenta un punto di arrivo importantissimo, la cui portata, tuttavia, appare limitata alla lacuna normativa che, tramite l'analogia *iuris* mediante il ricorso all'art. 12 delle Preleggi, è stata colmata.

Non ci si può esimere, però, dal domandarsi quali ulteriori implicazioni potrebbero derivare da tale approdo giurisprudenziale, ossia, in altri termini, verificare se l'innalzamento del *ne bis in idem* a principio generale del diritto ed il ricorso all'istituto della preclusione processuale possa, in qualche modo, estendere l'affiancamento del divieto di un secondo giudizio non solo alle ipotesi di conflitto non disciplinate dalla legge, ma, altresì, alla litispendenza non ricompresa nella lacuna normativa che ha sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite.

Tale soluzione, oltre ad imporre sentieri ermeneutici quantomeno arditi – consistenti, per assurdo, nel disapplicare (l'inadeguatezza del termine è lampante) le norme sul conflitto di competenza, riconducibili al principio del giudice precostituito per legge (art. 25, comma 1, Cost.) in forza di un preteso superiore diritto del *ne bis in idem* – si scontrerebbe altresì con il principio di legalità processuale³⁴⁸, anch'esso coperto da investitura costituzionale all'art. 111 Cost. per il quale la «giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», sicché si comprendono le preoccupazioni di quanti temono un eccessivo ricorso a strumenti interpretativi quali la preclusione processuale, poiché quanto più è ampia la premessa, tanto più è aperta la conclusione: «non pare del tutto astratto il pericolo

³⁴⁷ M. BONTEMPELLI, *La litispendenza*, cit., p. 1325.

³⁴⁸ O. MAZZA, *Imputazione e «nuovi» poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1372. Prima del varo della legge costituzionale sul giusto processo, modificativa dell'art. 111 Cost., v. N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1989.

che il giudice finisca con l'attribuirsi il compito di creare (e non soltanto interpretare) il diritto»³⁴⁹.

Ciò non toglie che un'ulteriore implicazione conseguente all'arresto giurisprudenziale *de quo* possa invece consistere in un generale divieto di duplicazione di procedimenti, senza cioè che sia necessaria una pronuncia – almeno – di primo grado. Si osserva, infatti, che il riconoscimento del *ne bis in idem* quale principio generale che permea tutto il codice di procedura penale impone il contrasto non solo alla litispendenza processuale, ma altresì alla litispendenza procedimentale nei confronti della stessa persona per lo stesso fatto. Non solo il processo, infatti, è produttivo di significative afflizioni per chi lo subisce, ma altresì la fase antecedente può essere suscettibile di infliggere rilevanti sofferenze al (non ancora) accusato. Basti pensare, ad esempio, a doppie perquisizioni, doppie misure cautelari, doppie intercettazioni e doppie spese (sia pubbliche che private)³⁵⁰.

3. Gli effetti preclusivi del giudicato limitatamente all'*eadem* persona

La pronuncia di una sentenza passata in giudicato (ovvero – per quanto osservato nel precedente paragrafo – di una pronuncia non irrevocabile contemporanea all'esercizio dell'azione penale da parte dello stesso ufficio del pubblico ministero) limita l'efficacia preclusiva – per lo stesso fatto – nei soli confronti dell'imputato³⁵¹.

Tralasciando ogni considerazione sulla «persona dell'accusatore»³⁵², si osserva che «il principio della rigorosa limitazione degli effetti del giudicato penale all'imputato»³⁵³ si ricava, *in primis*, dall'interpretazione letterale della norma, con un argomento *a contrario*: il fatto che l'art. 649 c.p.p. parli solo dell'imputato, non includendovi altri soggetti, depone in tal senso.

³⁴⁹ E. MARZADURI, *Opinioni a confronto. Preclusioni processuale e ragionevole durata del processo*, G. CANZIO, E. MARZADURI, G. SILVESTRI, in *Criminalia*, 2008, p. 247.

³⁵⁰ S. ZUMBO, *Duplicazione*, cit., p. 232.

³⁵¹ V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 459, per cui «l'agente o l'omittente rimane il medesimo sempre che, in più processi, venga perseguito quale imputato lo stesso individuo, sia sotto diverso nome o qualifica».

³⁵² V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 459; G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 339.

³⁵³ G. DE LUCA, *Giudicato*, cit., p. 5.

Come efficacemente osservato, del resto, il principio del *ne bis in idem* è una «garanzia *ad personam*, che assicura la certezza del diritto in senso meramente soggettivo», di talché lo stesso fatto, già definitivamente accertato, in positivo o in negativo, dal giudice, ben potrebbe essere riconsiderato, da un altro o dallo stesso giudice, in relazione alla posizione di altri imputati³⁵⁴.

Non v'è, tuttavia, chi non ritenga che la formula assolutoria «perché il fatto non sussiste» spieghi effetti anche nei confronti dei terzi, poiché se il giudizio accerta l'insussistenza del fatto, allora i terzi non giudicati non potrebbero essere sottoposti a giudizio per quel medesimo fatto per cui una sentenza irrevocabile ha statuito l'inesistenza³⁵⁵, introducendo un'inedita efficacia *erga omnes* del giudicato. L'assunto, per quanto suggestivo e sostenuto da autorevolissima dottrina³⁵⁶, non convince: sia la conclusione che le premesse paiono viziate da un equivoco di fondo.

Una delle finalità della preclusione derivante dal giudicato, infatti, consiste nel voler evitare che due comandi siano tra loro praticamente inconciliabili, mentre nessuna preclusione è prevista per il conflitto teorico di giudicati, il cui rimedio si individua nello strumento straordinario della revisione di cui agli artt. 629 e ss. c.p.p.. Si vuole cioè evitare, ad esempio, che il pubblico ministero debba emettere due ordini di esecuzione per due condanne per lo stesso fatto nei confronti della stessa persona, mentre, per converso, al rappresentante dell'accusa non tangerebbe il fatto di dover disporre la carcerazione per una persona dichiarata colpevole in concorso all'esito di un determinato processo, sebbene il suo correo sia stato assolto in un altro.

In buona sostanza, i giudizi penali nei confronti di diverse persone constano di una piena autonomia l'uno dall'altro, sicché il contrasto logico fra giudicati è

³⁵⁴ M. CERESA GASTALDO, *L'esecuzione*, in V. GREVI; G. CONSO; M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2016, p. 954.

³⁵⁵ A. BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1403.

³⁵⁶ V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 459, il quale ritiene che «l'autorità della cosa giudicata non riguarda [i compartecipi al medesimo reato], tranne per ciò che concerne la sussistenza materiale del fatto o la dichiarazione di estinzione del reato per causa obiettiva».

«rimediabile (soltanto a volte e *in melius*) mediante il ricorso allo strumento straordinario della revisione»³⁵⁷.

Del resto, come efficacemente osservato confutando la tesi dell'efficacia del giudicato rispetto ai terzi, non è vero «che i giudizi storici, contenuti nelle premesse di una decisione, debbano essere intesi come espressione di una verità legale»³⁵⁸; ciò che deve essere eseguito è il dispositivo della sentenza, non la motivazione costruita sul materiale probatorio a disposizione del giudice. Se il compendio muta, è ragionevole ritenere che la seconda decisione muti altrettanto.

Orbene, affermare che il giudicato nei confronti di un soggetto non importi una preclusione nei confronti di altro giudice che si trovi a giudicare un compartecipe nel reato non significa – chiaramente – che il secondo giudice debba tenere in nessun conto la prima decisione³⁵⁹. Vi è infatti l'art. 238-*bis* c.p.p. che, per quanto criticato³⁶⁰ ed apprezzato³⁶¹, espressamente prevede la possibilità che le sentenze divenute irrevocabili possano essere acquisite ai fini della prova di un

³⁵⁷ R. NORMANDO, *Il giudicato: forza esecutiva ed effetti*, in L. KALB (a cura di) *Impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti con autorità straniere*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, UTET, Torino, 2015, p. 524, per cui «soltanto *a posteriori*, quando la conclusione del secondo processo per il medesimo fatto abbia determinato un contrasto logico tra giudicati rilevante *ex art.* 630, lett. a), c.p.p., il condannato potrà adire il giudice della revisione, al fine di ottenere una declaratoria di proscioglimento nei limiti in cui l'errore giudiziario si annidi in questa seconda pronuncia e non nella prima sentenza liberatoria»; v. F. CORDERO, *Procedura penale*, ed.VIII, Giuffrè, Milano, 1985, p. 1085.

³⁵⁸ G. DE LUCA, *Giudicato*, cit., p. 8, il quale in tal modo persuade: «Attribuire al terzo, chiamato a rispondere di un reato accessorio (ad es. ricettazione), la possibilità di fruire del giudicato di assoluzione per inesistenza del fatto, intervenuto sul reato principale (ad es. furto), anche quando, sulla base di prove sopravvenute, si accerti che invece il fatto sussiste e riveste gli estremi di reato, equivale ad attribuirgli una ingiustificata patente di impunità, che non trova alcuna giustificazione nel diritto positivo». In termini più generali, nel senso di «efficacia vincolante positiva della sentenza penale in sede penale», v. G. CONSO, R. GUARINIELLO, *L'autorità della cosa giudicata penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 46 e 47, i quali affrontano l'argomento anche dal punto di vista del risvolto ideologico: vincolare il giudice penale anche ai precedenti di altri giudici penali risponde «ad un'esigenza da soddisfare ad ogni costo nei regimi in cui prevale un assetto autoritario dei rapporti stato-sudditi, con un ordine giudiziario largamente asservito all'esecutivo. In contesti di tal fatta, l'idea del giudicato si trasforma: da principio di tutela dei cittadini contro le istituzioni statali, regredisce a principio di tutela delle istituzioni statali anche a costo di danneggiare le ragioni individuali dei cittadini. Non ci si preoccupa più, infatti, di sottrarre il singolo a una illimitata possibilità di persecuzioni penale; bensì di garantire la credibilità degli organi repressivi dietro la cortina di una incontestabile correttezza».

³⁵⁹ R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, cit., p. 43.

³⁶⁰ O. MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1514.

³⁶¹ R. CANTONE, *La «circolazione probatoria tra procedimenti». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2561.

fatto in esse accertato, salvo un onere motivazionale rafforzato ai sensi dell'art. 192, comma 3, c.p.p.

Occorre, dunque, non confondere l'efficacia riflessa del giudicato penale che, in quanto tale, è in grado influenzare, ad esempio con il meccanismo dell'art. 238-*bis* c.p.p., ma non di determinare, un nuovo giudizio, con l'efficacia diretta che, invece, si limita, quale preclusione, a vietare un nuovo giudizio nei confronti della stessa persona.

4. Gli effetti preclusivi del giudicato limitatamente all'*idem factum*

L'argomento più dibattuto e di più complessa analisi in tema di divieto di secondo giudizio concerne la delimitazione del concetto del medesimo fatto.

La complessità è data dalle molteplici interpretazioni che, tradizionalmente, ne sono state date: da quella giurisprudenziale, che – addirittura – ha spesso e volentieri forzato, *in peius*, il dato normativo; a quella offerta dalla dottrina precensualpenalista che, suo malgrado, ha dovuto misurarsi con istituti del diritto penale sostanziale, distante da quella dei giudici, ma, al suo interno, molto diversificata; fino alla lettura di matrice sovranazionale che ha messo in crisi pilastri storici del diritto penale nazionale, arrivando ad affermare, ai fini dell'identificazione dell'*idem factum*, ad esempio, che, in virtù del principio del mutuo riconoscimento, nessuna rilevanza può essere attribuita all'interesse tutelato dalla norma ovvero al trattamento sanzionatorio.

4.1. Giurisprudenza e dottrina alle prese con la nozione di medesimo fatto: coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato nella dimensione storico-naturalistica e giuridica vs disamina limitata alla sola condotta

Come noto, l'art. 649 c.p.p. vieta un secondo giudizio per lo stesso fatto «neppure se questo viene diversamente considerato per il *titolo*, per il *grado* o per le *circostanze*». La norma, dunque, *expressis verbis*, sancisce l'irrelevanza di

eventuali successive riconsiderazioni nel caso in cui si voglia nuovamente sottoporre a giudizio la stessa persona, offrendo dei binari interpretativi dai quali non si dovrebbe fuoriuscire.

Il dato normativo così espresso appare coerente con la finalità sottesa al principio del *ne bis in idem* nel senso di garanzia individuale. A ben guardare, poi, è proprio la lettera della norma che fornisce un importante elemento di interpretazione del principio in oggetto, in forza del quale, nel bilanciamento fra l'interesse del singolo a non essere perseguito più di una volta per lo stesso fatto e l'interesse della collettività alla repressione dei reati, prevale – o, meglio, dovrebbe prevalere – il primo.

Esemplificando, ma nel prosieguo sarà ulteriormente specificato, affermare, ai fini della valutazione dell'identità del fatto, che nessun rilievo può essere attribuito alla riconsiderazione del «grado» dovrebbe implicare che la persona già definitivamente giudicata per il delitto di omicidio tentato non potrà essere chiamata a rispondere di omicidio consumato nel caso in cui l'evento morte (conseguenza causale delle lesioni) si verifichi dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

Non vi è dubbio che un episodio come quello descritto susciti comprensibili perplessità se si valuta la vicenda dal punto di vista della giustizia sostanziale; è pacifico, infatti, che il trattamento sanzionatorio subito dall'omicida, autore di un reato che non ha – ancora – raggiunto la consumazione, godendo quindi della riduzione per il tentativo, sia certamente più favorevole rispetto a quella da applicarsi nei confronti dell'accusato di omicidio consumato, con ciò che ne conseguirebbe in termini di lesione del principio di eguaglianza; legittima, poi, sarebbe l'insoddisfazione della collettività e più che comprensibile la frustrazione degli eredi (che, peraltro, fino al verificarsi dell'evento morte, avvenuto dopo il passaggio in giudicato della prima sentenza, non avrebbero avuto alcuna legittimazione ad intervenire nel processo).

Il legislatore, tuttavia, ha fatto una ben precisa scelta, per chi scrive condivisibile, diretta a privilegiare le garanzie del singolo rispetto a quelle collettive (senza che si debba rammentare che interesse della collettività è anche la stabilità delle decisioni giudiziarie).

I «non lievi inconvenienti» conseguenti all'ammettere una nuova azione penale in conseguenza del mutamento del grado, del resto, apparirebbero numerosi: il tempo trascorso, l'indebolimento o la dispersione delle prove, potrebbero produrre effetti controproducenti ai fini di una pronuncia giudiziale che censuri una data condotta; il conflitto pratico di giudicati «imporrebbe la creazione di uno speciale istituto», con effetti *in peius* e non giustificato dalla frequenza dei casi; l'accertamento del nesso causale risentirebbe del tempo trascorso. È apparso, quindi, preferibile al legislatore affidarsi «alla preveggenza del p.m. e del giudice»³⁶².

Tornando al dato normativo, occorre circoscrivere il significato dei tre elementi per i quali l'art. 649 c.p.p. sancisce l'irrilevanza.

Per «titolo» deve intendersi la definizione giuridica del reato, il *nomen iuris*³⁶³, il cui mutamento, riferito al medesimo fatto storico, non importa il superamento della preclusione ad un nuovo esercizio dell'azione penale. Esemplificando: colui che sia assolto dal reato di furto di un'autovettura, non potrà

³⁶² V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 457, il quale richiama la *Relazione sul progetto preliminare*: «Rimane immutato il principio generale relativo all'inviolabilità della cosa giudicata, ma sono specificati i casi in cui non v'è ragione di applicarlo. Tra questi potrebbe razionalmente includersi anche quello in cui il fatto, oggetto della sentenza divenuta irrevocabile, non sia più il medesimo, per essere sopravvenuto un evento, prima non verificatosi, che lo rende più grave: (ad es.: passaggio dal tentativo d'omicidio alla consumazione, o da un delitto di pericolo a un delitto di danno). È evidente che in simili ipotesi non si può sostenere l'identità del fatto, dal momento che ad esso è venuto ad aggiungersi un elemento prima non valutato. Ma l'ammettere in tal caso l'azione penale, nonostante il precedente giudizio, per quanto possa apparire cosa conforme all'interesse della giustizia sostanziale, sarebbe cagione di non lievi inconvenienti. Ho esposto altrove le ragioni che mi hanno indotto a convenire con coloro che si dimostrarono contrari alla revisione *in peius* delle sentenze passate in giudicato. È inoltre da osservare che il nuovo giudizio, o dovrebbe rimettere in discussione tutto il precedente, ovvero mantenere inalterata la sentenza divenuta irrevocabile per quel tanto che potrebbe o dovrebbe essere conservato. Nella prima ipotesi, atteso il tempo trascorso, l'indebolimento o la dispersione delle prove, ecc., potrebbe avvenire che, volendosi conseguire il più, si perdesse anche il meno, con una assoluzione o con una minore condanna del già dichiarato colpevole. Nella seconda ipotesi, s'incontrerebbero gravi difficoltà d'ordine processuale, perché il regolare la condizione della precedente sentenza, in parte valida e in parte no, imporrebbe la creazione di uno speciale istituto, che rappresenterebbe una complicazione non giustificata dall'importanza e dalla frequenza dei casi. Deve aggiungersi, infine, che il più delle volte, dopo trascorso un certo tempo, riuscirebbe difficilissimo accertare il necessario nesso causale tra il fatto, per cui seguì condanna, e l'evento sopravvenuto. Ho quindi creduto opportuno di conservare il divieto di un nuovo procedimento, anche se il fatto-base, oggetto del giudizio, possa essere diversamente definito per il titolo, per il grado o per le circostanze, a cagione di elementi già esistenti, ma ignorati, nel momento del giudizio stesso, o sopravvenuti dopo la che la sentenza divenne irrevocabile. La preveggenza del p.m. e del giudice, del resto, valutando le circostanze dei singoli casi concreti, e regolando convenientemente l'andamento del processo, saprà far sì, il più delle volte, che tutti gli effetti del reato, penalmente importanti, vengano sottoposti al giudizio».

³⁶³ G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 343.

essere giudicato per il delitto di ricettazione, poiché, ammesso – chiaramente – che la condotta già giudicata sia la medesima del paventato secondo processo, tale mutamento non varrebbe ad importare un fatto nuovo, ma si risolverebbe in una mera riqualificazione giuridica della condotta, che, *ictu oculi*, rimarrebbe identica.

Determinerebbe una mutazione del titolo, ed in quanto tale irrilevante, anche una diversa valutazione dell'elemento psicologico del reato³⁶⁴.

Parzialmente diverso dal titolo di reato è il grado³⁶⁵. Tale espressione «allude al maggiore o minore tasso di offensività che accede ad una determinata condotta»³⁶⁶ ovvero «a tutte quelle situazioni che aggravano l'addebito *senza modificare il titolo*»³⁶⁷, non potendosi escludere che il mutamento del grado, poiché, ipotizzando, più offensivo, possa determinare altresì un mutamento del titolo³⁶⁸.

Si ponga, ad esempio, il caso della sentenza irrevocabile per lesioni. L'eventuale verificarsi dell'evento morte, potrebbe legittimare un nuovo procedimento per omicidio, seguendo l'ipotesi, preterintenzionale. La malattia ha portato a conseguenze ulteriori (la morte), palesandosi in una maggiore intensità del grado che ha appunto determinato un mutamento del titolo di reato³⁶⁹.

La riconsiderazione delle circostanze, in quanto elementi accidentali, «non ha suscitato dilemmi, essendo logicamente plausibile che il fatto rimanga il medesimo pur se diversamente circostanziato»³⁷⁰. È infatti intuibile che una volta assolto o condannato taluno per il delitto di furto semplice, costui non potrà essere nuovamente giudicato per furto aggravato.

³⁶⁴ G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 343.

³⁶⁵ T. RAFARACI, Ne bis in idem, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, p. 872, evidenzia come in dottrina le opinioni non siano omogenee: «secondo un'impostazione, l'autonomia di questa figura sarebbe legata all'invarianza della qualificazione giuridica e, pertanto, essa si riferirebbe essenzialmente al transito dal delitto tentato a quello consumato. Secondo altra tesi, invece, il «grado» starebbe ad indicare la cosiddetta "progressione criminosa", a prescindere dall'invarianza della qualificazione giuridica, sicché vi rientrerebbe lo sviluppo di sequenze quali, ad esempio, quella paradigmatica percosse – lesioni – omicidio».

³⁶⁶ R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, cit., p. 44.

³⁶⁷ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 85.

³⁶⁸ V. MANZINI, *Trattato*, cit., pp. 456 e 457.

³⁶⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1205, per cui «l'irrevocabilmente giudicato sub percosse o lesioni, non è più perseguibile come omicida».

³⁷⁰ A. GIOVENE, *Giudicato*, in *Dig. pen.*, V, Torino, 1991, p. 429.

Nella vigenza del codice del 1913³⁷¹ la giurisprudenza non era solita tradire il dato normativo, mentre «dagli anni Trenta circolano discorsi confusi»³⁷².

Come sostenuto, pressoché all'unisono, dalla dottrina, la precisazione offerta dall'art. 649 c.p.p. per cui i fatti si considerano i medesimi anche se diversamente considerati per titolo, per grado o per le circostanze, porta a ritenere che la nozione di fatto debba essere limitata alla sola condotta.

I giudici, tuttavia, forse preoccupati dal rischio di impunità³⁷³ o ritenendo inaccettabili i «non lievi inconvenienti» pocanzi evidenziati, pur senza rinnegare apertamente il dato normativo, hanno da sempre ritenuto sussistente l'identità del fatto solo in presenza di una corrispondenza storico – naturalistica, nonché giuridica, nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi, condotta, evento e nesso causale, con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona³⁷⁴. La giurisprudenza, in altri termini, mischiando i piani del *ne bis in idem* sostanziale e processuale³⁷⁵, individua la nozione di fatto «con ciò che, nell'ambito della teoria generale del reato, viene definito *elemento materiale*, costituito da condotta, evento e nesso di causalità»³⁷⁶.

³⁷¹ L'art. 435 del codice del 1913, corrispondente all'art. 90 del codice Rocco e all'art. 649 del codice Vassalli, parlava di «titolo ... grado o quantità [del] reato», v. F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1201.

³⁷² F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1201.

³⁷³ R. NORMANDO, *Il giudicato*, cit., p. 526, che evidenzia «la Suprema Corte ha preservato con l'accezione di *idem factum* indicata ritenendo che qualsiasi soluzione che avesse tralasciato anche uno solo degli elementi della fattispecie legale astratta avrebbe esposto il sistema al rischio d'impunità rispetto a eventi particolarmente gravi». P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 491, per cui «importa invece osservare che l'atteggiamento giurisprudenziale appare motivato dal disagio, o meglio dal rifiuto nei confronti di impostazioni che possono condurre a risultati chiaramente divergenti dal concetto di equità».

³⁷⁴ *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 19 febbraio 1980, in *Cass. pen.*, 1981, p. 233; Cass. pen., sez. I, 7 maggio 1982, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2037; Cass. pen., sez. V, 27 settembre 1983, in *Giust. pen.*, 1984, p. 490; Cass. pen., sez. III, 23 aprile 1985, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1965; Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 1992, in *Mass. pen. cass.*, 1993, fasc. 12, p. 42; Cass. pen., sez. VI, 30 giugno 1993, in *Mass. pen. cass.*, fasc. 11, p. 123; Cass. pen., sez. I, 18 aprile 1995, n. 2344, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1398; Cass. pen., sez. V, 25 novembre 1998, n. 1842, in *Cass. pen.*, 2000, p. 92; Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2000, n. 10790, in *Cass. pen.*, 2003, p. 165; Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28; Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2008, n. 16703; Cass. pen., sez. II, 21 marzo 2013, n. 18376.

³⁷⁵ E. M. MANCUSO, *Il giudicato*, cit., p. 454, per cui «L'iter seguito dalla giurisprudenza, orientato da esigenze general-preventive e di tipo repressivo, sembra a volte scontare una confusione fra i piani argomentativi e una commistione concettuale tra esigenze emergenti dal diritto penale sostanziale e tutela processuale del reo».

³⁷⁶ A. BASSI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 1403.

Come anticipato, la dottrina ha sempre aborrito questa impostazione, ritenendo che la scelta ermeneutica della giurisprudenza si risolva in una lesione del principio del *ne bis in idem*. Ed invero, attribuire alla nozione di fatto il significato preteso dai giudici significa aggirare il dato normativo, non risolvendosi in altro se non nel sottoporre nuovamente a giudizio una persona per un comportamento già giudicato che si ritiene diverso per elementi incontrollabili (ad esempio quando l'evento si verifica a distanza di molti anni dal *tempus commissi delicti*) o, più patologicamente, per una diversa valutazione posta in essere dall'inquirente nel caso in cui il primo processo si sia concluso con esito infausto (ad esempio, quando il reato di disastro doloso cada in prescrizione e il pubblico ministero decida di chiedere il rinvio a giudizio per omicidio volontario con dolo eventuale).

Occorre, dunque, ripercorrere brevemente gli orientamenti della dottrina, la quale, ad eccezione di isolate adesioni alla lettura giurisprudenziale³⁷⁷, ha da sempre insistito sull'ancorare la nozione di fatto alla sola condotta, pur tuttavia con talune significative sfumature.

Un primo orientamento³⁷⁸, se si vuole più radicale, facendo leva sull'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 649 c.p.p., circoscrive la nozione di fatto alla sola condotta. La presenza della clausola limitativa³⁷⁹, una volta colto il significato delle espressioni “titolo”, “grado” e “circostanze”, e l'assunto per cui nella sua «accezione naturalistica il fatto si rappresenta come entità composta (sempre o eventualmente: ciò non importa) da condotta ed evento»³⁸⁰, ma – appunto la clausola di cui sopra, parlando di grado – sancisce l'irrelevanza del secondo, depongono per limitare la nozione di fatto alla condotta esteriore, intesa come movimento corporeo o inerzia³⁸¹.

Altra parte della dottrina si discosta dall'orientamento precedente in quanto, pur convenendo sull'assunto che il fatto «contempi la sola condotta», propone di considerare quest'ultima in relazione al suo oggetto materiale, poiché «un'azione

³⁷⁷ A. BASSI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 1401.

³⁷⁸ A. PAGLIARO, *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, p. 964; G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 342; F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., 85; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 872.

³⁷⁹ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 85.

³⁸⁰ G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 342.

³⁸¹ A. PAGLIARO, *Fatto*, cit., p. 964.

transitiva non è concepibile indipendentemente dall'oggetto materiale sul quale cade»³⁸².

Tale lettura porrebbe un freno a quelle ipotesi di palese nocimento della giustizia sostanziale in cui, ad esempio, il soggetto già giudicato per una contravvenzione in materia antinfortunistica eccipisca il *bis in idem* sul secondo processo per omicidio colposo nel quale il contenuto della contravvenzione costituisca la regola cautelare la cui violazione ha cagionato l'evento morte. Orbene, senza che si possa dubitare dell'oggettiva assurdità di una simile evenienza e posto però che analoga situazione ben potrebbe verificarsi anche in ipotesi ove il primo giudizio non inerisca un reato bagatellare, ma, ad esempio, un altro omicidio colposo, sicché la persecuzione penale inciderebbe sensibilmente su chi si trovasse a subirla (poniamo, caso purtroppo abbastanza frequente, per inalazioni di fibre di amianto con le complicazioni dovute al lungo tempo di latenza della malattia) e il secondo paventato giudizio abbia ad oggetto il decesso di un'altra persona offesa, non può tacersi il fatto che – comunque – per la medesima violazione della regola cautelare, posta in essere nello stesso periodo e nello stesso luogo, si imponga alla persona una duplice persecuzione. Occorre dunque domandarsi se in simili ipotesi non possa comunque invocarsi il *ne bis in idem*, valorizzando non solo l'unicità della condotta, ma, altresì, la scarsa lungimiranza dell'organo inquirente nel valutare quando e come intervenire nella persecuzione dei reati.

Altra parte della dottrina individua la nozione di fatto con l'intera fattispecie legale³⁸³, inteso quale oggetto del processo. Si critica il ricorrere all'interpretazione del fatto in senso meramente naturalistico, posto che tale argomentazione parte da un errore di prospettiva, consistente nella confusione fra fatto storico e fatto giuridico. La sentenza irrevocabile, figlia della situazione legale e non di quella storica, non necessariamente coincide con il fatto storico come realmente si è verificato, sicché, salva l'irrilevanza del *nomen iuris*, «in quanto l'identificazione avviene per il tramite della fattispecie giudiziale, l'operazione di confronto si svolge tra due fatti giuridici, individuabili attraverso il loro riferimento ad uno schema che

³⁸² F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1067. L'Autore osserva: «i concetti di fatto, condotta, nesso causale, evento sono il prodotto di un'astrazione e quindi dell'arbitraria scomposizione della realtà, che è un processo continuo; ma quando uno astrae più del dovuto, le conclusioni cadono nell'assurdo».

³⁸³ G. DE LUCA, *Giudicato*, cit., p. 10.

è copia del modello contenuto nella fattispecie legale. L'individuazione, sul piano naturalistico, di due fatti storici, non coincide dunque con il procedimento che l'art. 90 detta per la identificazione di due fatti giuridici: ne deriva logicamente, come inevitabile corollario, che all'unicità del fatto storico può far riscontro una pluralità di fatti giuridici, se più sono gli schemi ai quali esso corrisponde»³⁸⁴.

A tale lettura potrebbe obiettarsi con un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, se appare incontrovertibile l'assunto relativo alla diversità fra fatto storico e fatto giuridico, è altrettanto vero che tale diversità sia, in ottica squisitamente di *favor rei*, proprio quella per cui la norma di cui 649 c.p.p. sancisce l'irrelevanza, stabilendo che i fatti non si considerino diversi anche sotto il profilo del titolo del reato. Il *nomen iuris*, in altri termini, non può non essere identificato con la fattispecie legale³⁸⁵. In secondo luogo, ricorrere alla nozione di fatto con riferimento all'intera fattispecie legale rischierebbe di prestare il fianco ad indebiti tentativi di riconsiderazione, perché ascrivibile ad uno schema legale diverso e non considerato nel primo processo, nel caso di esito infausto.

4.2. Il medesimo fatto e il concorso formale di reati

Così ripercorso il disaccordo fra dottrina e giurisprudenza nell'individuazione della nozione di fatto, occorre approfondire alcune delle ipotesi che sollevano le difficoltà applicative più rilevanti. Se infatti appare pacifico il divieto di un nuovo esercizio dell'azione penale per ricettazione nei confronti dell'irrevocabilmente giudicato per reato di furto, più dubbi possono sorgere in

³⁸⁴ G. DE LUCA, *Giudicato*, cit., p. 10.

³⁸⁵ È pur vero che l'Autore (G. DE LUCA, *Giudicato*, cit., p. 10.), visto il dato letterale della norma, afferma di ripudiare il criterio desunto dal *nomen iuris*, asserendo una diversità fra titolo e fattispecie legale. In altre parole, ogni fatto storico, in quanto tale, appare irripetibile. Se questo non si inserisce in una fattispecie legale, ogni operazione di confronto diverrebbe impossibile. In tale prospettiva, però, si ritiene che consista la *ratio* della norma: pacifico che ogni fatto storico è unico ed irripetibile, *ergo*, se taluno è già stato giudicato per quella condotta, riconducibile ad una fattispecie astratta di reato, indipendentemente dal volto che sia conferito ad essa dal pubblico ministero o dal giudice, egli non può essere chiamato a rispondere nuovamente per quella stessa condotta. Criticamente, E.M. MANCUSO, *Il giudicato*, cit., p. 458, per cui «Merita sottolineare, d'altro canto, come questa esegesi di compromesso restringa, forse sino ad annichilirlo, il significato delle locuzioni di titolo e grado contenute nel primo comma dell'art. 649 c.p.p.».

merito alla proponibilità dell'azione penale in altri casi nei quali circoscrivere l'identità del fatto appaia più complesso. Le maggiori difficoltà interpretative sul punto si sono riscontrate nel concorso formale di reati, che, come noto, si distingue in omogeneo, cioè riguardante i casi in cui con una sola azione od omissione taluno viola più volte la stessa norma incriminatrice (tizio lancia una sola granata ed uccide più persone) ed in eterogeneo, cioè riguardante i casi in cui un'unica azione od omissione viola due o più norme incriminatrici (tizio commette una violenza sessuale ai danni della figlia in modo che ne derivi pubblico scandalo, commettendo anche il reato di incesto)³⁸⁶.

Si ha buon gioco nel sostenere che il *ne bis in idem* resista anche nel concorso formale se si guarda alle intenzioni del legislatore. Nel progetto del codice Rocco, l'art. 90 c.p.p. abr. constava di tre commi: i primi due corrispondenti agli odierni commi primo e secondo dell'art. 649, mentre compariva un terzo comma, poi non approvato, che mirava a regolare l'ipotesi del giudicato parziale in caso di concorso formale eterogeneo. Questo il testo: «Questa disposizione non si applica quando l'imputato abbia violato col medesimo fatto più disposizioni di legge, e si debbano osservare le norme sul concorso di reati e pene. In tal caso, ove il giudicato non riguardi tutte le disposizioni di legge applicabili, e, trattandosi di una sentenza di proscioglimento, questa non abbia escluso che il fatto sussista o che l'imputato lo abbia commesso ovvero non abbia dichiarato che sono insufficienti le prove che il fatto sussista o che l'imputato lo abbia commesso, si procede contro l'imputato per quel titolo di reato che rimane da giudicare»³⁸⁷.

«Norma odiosa» e, incredibilmente, in quella che appare «l'unica volta che i consultori dissentono nettamente [,] i dissidenti resistono al ministro»³⁸⁸, il quale desiste sul rilievo, sollevato dalla commissione parlamentare, dell'opportunità che tutti i reati siano imputati e giudicati in un unico procedimento.

Se anche si volesse pensare che *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, nel caso di specie, invece, la rinuncia del guardasigilli è stata suscettibile di due opposte letture.

³⁸⁶ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 401.

³⁸⁷ G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 346.

³⁸⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1209.

Da un lato, chi, nonostante «un corso ciclico del giuridicamente opinabile», la utilizza per affermare che «non esiste addirittura questione: l'art. 649 vieta un secondo giudizio sul medesimo fatto, anche sotto titolo diverso; ed è quanto succede nel concorso formale eterogeneo; un fatto cade sotto due titoli. *Ne bis in idem*, senza il minimo dubbio»³⁸⁹.

Dall'altro, chi offre una diversa lettura della nozione di fatto a seconda che ci si trovi o meno di fronte un concorso formale di reato: nell'un caso deve farsi riferimento anche all'evento, nell'altro alla sola condotta³⁹⁰. In riferimento a tale ultimo approccio, si fatica a comprendere come possa mutare la nozione di fatto a seconda della presenza o meno di un concorso formale, posto che, altrimenti, limitarlo alla sola condotta a seconda del campo di applicazione della norma circoscriverebbe l'utilità della definizione ai soli reati progressivi³⁹¹.

Già ricordata autorevolissima dottrina³⁹², per far fronte alle «conseguenze aberranti»³⁹³ paventate dalla giurisprudenza nei casi in cui, ad esempio, il giudicato su una contravvenzione prevista dal D.Lvo 81/08 possa precludere il giudizio sull'omicidio colposo, propone di attribuire rilevanza ad un *quid* alla nuda condotta, «dato dall'oggetto materiale [della stessa]. Il fatto andrebbe quindi inteso quale condotta accompagnata dall'oggetto materiale su cui (eventualmente) cada»³⁹⁴.

Applicando tale criterio interpretativo alla nozione di fatto, due sono le conseguenze.

Nulla quaestio sul concorso formale omogeneo: il colpo di fucile che uccida due persone, posto che fatto significa condotta ancorata al suo oggetto materiale, essendo due i morti, conseguentemente, due (e diversi) sono i fatti.

³⁸⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1209.

³⁹⁰ G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 346, per cui deve ammettersi «che nel caso di concorso ideale la nozione di fatto, di cui all'art. 90, si scompone non solo dell'azione od omissione (come di regola) ma anche dell'evento [...] s'impone qui un'indagine specifica, da condurre cioè caso per caso, per vedere se nel precedente processo non sia stato oggetto di contestazione (sia pure implicita) anche l'altro evento, in relazione a cui si vorrebbe instaurare il secondo giudizio».

³⁹¹ P.P. RIVELLO, *Analisi*, cit., p. 496, pur non aderendo all'impostazione generale di Leone per cui, salvo l'ipotesi di concorso formale, la nozione di fatto deve essere circoscritta alla sola condotta, osserva «appare soluzione in qualche modo «forzata» dalla necessità di evitare sul punto conseguenze ritenute ingiuste».

³⁹² F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1079.

³⁹³ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., 93.

³⁹⁴ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 874.

Opposta è la conclusione in caso di concorso formale eterogeneo: nel caso in cui un'unica azione cagioni una plurima violazione di più norme incriminatrici, o queste vengono immediatamente contestate (con la possibilità di una contestazione suppletiva) oppure il giudicato su una delle norme violate preclude il nuovo giudizio su quelle non giudicate.

Il pregio di tale lettura risiede nell'evitare quelle conseguenze, se si vuole, ancora più assurde derivanti dall'inserire nella nozione di fatto anche l'evento in senso naturalistico, in forza delle quali il decesso della persona offesa dopo il passato in giudicato della sentenza per lesioni, anche a distanza di molti anni, permetterebbe l'instaurarsi di un processo per omicidio, in sprezzo all'irrelevanza *expressis verbis* del grado del reato.

Un diverso orientamento³⁹⁵, pur aderendo all'opinione prevalente della dottrina secondo cui nella nozione di fatto entra la sola condotta, prende le mosse dal tradizionale percorso argomentativo della giurisprudenza per cui alla condotta devono aggiungersi evento e nesso causale. Per evitare conseguenze assurde, quali quella dell'irrevocabilità della sentenza sulla contravvenzione stradale che precluda il processo per omicidio colposo, ovvero che il giudicato su un omicidio precluda il processo su un altro omicidio posto in essere con la medesima condotta, non si ritiene imprescindibile ricomprendere nella nozione di fatto altresì evento e nesso causale. Solo dopo aver appurato che la funzione del giudicato penale è quella di garantire la certezza del diritto in senso meramente soggettivo (intesa cioè quale sottrazione del singolo da una perpetua persecuzione), sicché ciò che vuole prevenire il *ne bis in idem* è il solo conflitto pratico di giudicati, può circoscriversi la nozione di fatto. Si sostiene che proprio perché la funzione del giudicato ha quale fine quello di evitare due ordini fra loro incompatibili sarebbe consentito perseguire il reato non giudicato che si trovi in concorso formale con quello da giudicare, sia esso omogeneo o eterogeneo, perché gli eventuali comandi non sarebbero tra loro incompatibili³⁹⁶. Inoltre, muovendo dalle ragioni politico – sistematiche,

³⁹⁵ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 808.

³⁹⁶ G. LOZZI, *Legittimità costituzionale del «ne bis in idem»*, in *Giur. cost.*, 1976, p.1592, per cui «se l'art. 90 c.p.p. ha come funzione solo quella di evitare il conflitto pratico di giudicati, potrà ben dirsi che, ove il giudicato concerna uno solo dei due reati in concorso formale, risulterà consentito il procedimento nei confronti dell'altro reato e ciò senza che possa distinguersi tra concorso formale omogeneo (ravvisabile quando con una sola azione od omissione si realizzino più violazioni della

considerando altresì la portata del *ne bis in idem* sostanziale che, benché ispirato a ragioni di equità anziché «a ragioni di certezza e di economia, che possono, invece, importare il sacrificio di esigenze e di economia», si avvalora il *ne bis in idem* processuale; «il duplice addebito non è vietato allorquando sussista un concorso formale di reati, poiché, in tal caso, non tutti gli elementi e requisiti della situazione storica sono presi in considerazione da entrambi gli schemi legali»³⁹⁷, sicché non dovrà aversi riguardo alla sola situazione storica, ma dovrà altresì considerarsi lo schema legale.

Condividendo le critiche mosse a tale approccio³⁹⁸, si osserva, ulteriormente, che prevenire il conflitto pratico di giudicati è una delle funzioni del *ne bis in idem*, ma coerentemente con tale finalità vi è anche l'obiettivo di sottrarre il singolo al giogo statale, sicché, al netto di una pretesa mancanza di «quella sensazione di impotenza e di smarrimento del singolo di fronte ad una continua reiterazione di procedimenti in ordine allo stesso fatto»³⁹⁹, non riteniamo scandaloso che, talvolta, un errore di prospettiva e di preveggenza dell'autorità giudiziaria possa andare a favore del singolo che, dopo essere stato sottoposto a

medesima disposizione) e concorso formale eterogeneo (ravvisabile quando con una sola azione od omissione si violino diverse disposizioni di legge)».

³⁹⁷ G. LOZZI, *Legittimità*, cit., p. 1593. In senso adesivo, P.P. RIVELLO, *Analisi*, cit., p. 498.

³⁹⁸ L'approccio è fortemente osteggiato da altra dottrina, F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., 89, evidenziano che dove opera il *ne bis in idem* sostanziale opera certamente anche il *ne bis in idem* processuale, ma non è vero il contrario, sicché, in buona sostanza, il ragionamento sarebbe monco poiché non contempla l'ipotesi in cui sussista un *bis in idem* processuale, ma sia inesistente, poiché, ad esempio, l'imputato è stato assolto nel primo giudizio, un pericolo di *ne bis in idem* sostanziale. F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1069, oltre a ritenere arbitrario che ogni violazione al *ne bis in idem* si risolva in un conflitto pratico di giudicati, si schiera contro «la figura di un giudizio parziale. Dato un avvenimento corrispondente a più fattispecie, tutte le possibili conseguenze debbono essere tratte in una sentenza, nella quale si consuma la sua rilevanza penalistica. Il che, fra l'altro, spiega la possibilità [...] di una contestazione suppletiva in primo grado: tale il solo possibile rimedio all'eventuale lacuna dell'accusa».

³⁹⁹ P.P. RIVELLO, *Analisi*, cit., p. 501, il quale (nota 95) osserva: «In senso contrario è stato talora ricordato che per quanto concerne il concorso formale eterogeneo il non aver proceduto in relazione all'ulteriore reato è unicamente ascrivibile a «colpa» degli organi giudiziari. Si aggiunge che tra questa ipotesi, nella quale un soggetto dopo essere stato già processato per il reato A, non può più essere sottoposto a procedimento per l'ulteriore reato B, e quella di chi, già giudicato per l'imputazione di lesioni con sentenza divenuta irrevocabile, non possa più essere sottoposto a giudizio per il reato di omicidio, pur essendo successivamente morta la vittima, risulterebbe più «ingiusta» tale seconda vicenda, ove nessun «addebito» potrebbe essere mosso agli apparati giudiziari in relazione all'originaria mancata incriminazione concernente l'evento mortale. Nella realtà l'istituto del *ne bis in idem* non mira a «punire» o «premiare» l'efficienza della magistratura nel perseguire i reati, ma tende a garantire la sicurezza del singolo».

processo per una condotta, legittimamente, ritenga che per quel comportamento ormai giudicato non possa più subire alcun pregiudizio.

Aderendo a tale tesi, chiaramente, il *ne bis in idem* troverebbe applicazione anche in caso di concorso formale omogeneo.

4.3. La sentenza del 21 luglio 2016, n. 200: fine della disputa o nuovo approccio ermeneutico (rinvio)

Il tradizionale approccio giurisprudenziale per l'individuazione della nozione di medesimo fatto ha subito una battuta d'arresto in una recente pronuncia della Corte costituzionale⁴⁰⁰.

Questa – brevemente – la vicenda.

In un precedente giudizio, Stephan Ernest Schmidheiny veniva prosciolto per intervenuta prescrizione dai reati di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (con sentenza del 2013 della Corte di Appello di Torino) e di disastro doloso (con sentenza n. 7941/15 della Corte di Cassazione). Il giorno seguente la pronuncia del giudice di legittimità, veniva depositata richiesta di rinvio a giudizio, nel procedimento che costituiva “stralcio” del primo, nei confronti dello stesso Schmidheiny per rispondere dell'omicidio volontario di 258 persone.

In entrambi i processi si attribuiva all'imputato, quale effettivo responsabile nella gestione della Società Eternit Spa negli anni '70 e '80, la morte di numerose persone fra lavoratori, parenti ed abitanti delle zone limitrofe agli stabilimenti di Cavagnolo, Casale Monferrato, Bagnoli e Rubiera: nel primo, l'evento morte interveniva quale aggravante; nel secondo, quale evento del reato. Pressoché identici erano i capi di imputazione, differendo solo le norme incriminatrici contestate e alcuni (ma non tutti) i nomi delle persone offese.

La difesa dell'imputato immediatamente eccepiva la violazione del *ne bis in idem*, in quanto per quegli stessi fatti il Schmidheiny era già stato giudicato con sentenza passata in giudicato. Le condotte, infatti, erano assolutamente identiche; l'unica variabile era data dalla qualificazione giuridica.

⁴⁰⁰ Corte cost., 17 luglio 2016, n. 200, in *Cass. pen.*, 2017, p. 60.

Il giudice dell'udienza preliminare sollevava pertanto questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU, nella parte in cui il diritto vivente interno limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo fatto giuridico invece che all'esistenza del medesimo fatto storico così come delineato dalla giurisprudenza della Corte Edu.

La Corte Costituzionale accoglieva la questione dichiarando l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale fra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

Posto che la questione importa un raffronto fra il diritto interno e l'interpretazione che la giurisprudenza della Corte Edu conferisce al *ne bis in idem* e, in particolare, alla nozione di medesimo fatto, la trattazione, per ragioni meramente espositive, sarà affrontata nel prosieguo del presente lavoro, limitandoci, per il momento, ad alcune brevi osservazioni:

- il contrasto fra la giurisprudenza di legittimità e la dottrina appare tutt'altro che sanato, posto che la Corte costituzionale, pur aderendo all'*idem factum*, piuttosto che all'*idem* legale, non ha disconosciuto l'operazione ermeneutica che riconduce la nozione di fatto alla concezione tripartita del reato (condotta, evento e nesso causale);
- la Consulta non ha condiviso l'impostazione del giudice *a quo* secondo cui la giurisprudenza della Corte Edu aderirebbe – unitariamente – ad una nozione di fatto avente riguardo alla sola condotta;
- la pronuncia ha certamente il pregio di aver escluso – quantomeno *a priori* – che la semplice presenza di un concorso formale determinasse l'inesistenza di un *ne bis in idem*.

4.4. Il medesimo fatto e il reato progressivo

Ricorre una progressione nel reato ogni qualvolta si verifichi «il passaggio contestuale da un reato ad un altro più grave, contenente il primo, per effetto di risoluzioni successive»⁴⁰¹. Gli esempi possono essere i più vari: lesioni a cui segua l'omicidio, sequestro di persona a cui segua la riduzione in schiavitù.

Come in precedenza osservato, posto che i suddetti esempi, di fatto, si risolvono in una «progressiva intensificazione dell'offesa»⁴⁰², la soluzione processuale deve essere tenuta distinta da quella sostanziale: nel primo caso si ricorrerà all'art. 649 c.p.p. che, vietando riconsiderazioni sul grado del reato – che «allude a cotesta progressione di figure la minore delle quali è contenuta nella maggiore»⁴⁰³ – non permette un nuovo giudizio; nel secondo, invece, la soluzione è offerta dall'art. 15 c.p. posto che fra i due reati, apparentemente sussumibili sotto due differenti fattispecie astratte, è innegabile un concorso apparente di norme.

Ora, se è pacifico che *ne bis in idem* sostanziale e *ne bis in idem* processuale non espongono argomenti in totale antitesi, i due istituti hanno certamente finalità differenti: l'uno evita la duplicazione della pena, l'altro la duplicazione del processo. Pertanto, come sostenuto da autorevole dottrina⁴⁰⁴, la sentenza irrevocabile sul delitto di lesioni preclude, da un punto di vista processuale, l'instaurarsi di un processo per omicidio; tale risultato non sarebbe perseguibile ricorrendo all'istituto sostanziale, posto che il giudicato di assoluzione, escludendo il rischio di una doppia sanzione, non importerebbe l'impossibilità del secondo giudizio.

Diversamente opinando, del resto, si arriverebbe all'assurdo di dover guardare all'esito del processo, tesi che, pur autorevolmente sostenuta⁴⁰⁵, oltre a

⁴⁰¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2015, p. 485.

⁴⁰² M. PELISSERO, *Concorso apparente di norme*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 569.

⁴⁰³ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1066.

⁴⁰⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1066. *Contra*, G. LOZZI, *Reato progressivo e «ne bis in idem»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 1236.

⁴⁰⁵ G. DE LUCA, *Giudicato*, cit., p. 11 per cui «il giudicato di condanna per il fatto che costituisce il reato più grave impedisce la proposizione dell'azione penale in relazione a tutti quei fatti che, pur non contestati, sono tuttavia riportabili nell'attività progressiva, investita dal giudicato [...]. Il giudicato di assoluzione per il fatto che costituisce il reato più grave della serie progressiva non preclude l'instaurazione di un processo penale per un fatto meno grave, rientrante nel quadro della situazione progressiva e non contestato nel presente giudizio». Più diffusamente, G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 348. A. BASSI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 1409, la quale, richiamando la relazione al progetto (nota *sub* 362), «che non può assurgere a canone di interpretazione della norma, avendo un valore meramente orientativo», richiama una massima giurisprudenziale, espressione, a nostro

non trovare giustificazione nel diritto processuale penale positivo, tradirebbe la *ratio* della norma, che non distingue fra condanna o assoluzione, ma si limita a vietare un secondo processo sullo stesso fatto anche se diversamente considerato per grado. In caso contrario, si ribadisce, il singolo si troverebbe “alla mercé” perpetua della persecuzione statale.

L’orientamento che qui si condivide è stato da sempre osteggiato da incontrastata giurisprudenza⁴⁰⁶.

4.5. Il medesimo fatto ed i reati abituali e permanenti

Come noto, il reato abituale consiste in un illecito il cui fatto esige la ripetizione, anche ad apprezzabile distanza di tempo, di una serie di azioni od omissioni⁴⁰⁷. Si suole distinguere il reato abituale proprio, ove le singole condotte, isolatamente considerate, non costituiscono reato, dal reato abituale improprio, dove le singole condotte, già di per sé considerate, integrano una fattispecie penale.

Il giudicato caduto su una prima parte delle condotte reiterate non pregiudica, chiaramente, l’azione penale per fatti successivi, poiché, in caso contrario, si introdurrebbe un’inedita sfera di impunità, *a priori*, per il destinatario di una pronuncia irrevocabile.

I fatti, in buona sostanza, sono e devono considerarsi diversi, sicché, conseguentemente, altresì i processi saranno autonomi ed indipendenti: «non sarà

avviso, di una valutazione arbitraria e molto poco giuridica, per cui, ad esempio, «una visione realistica della vita e delle vicende che l’accompagnano vale a porre in evidenza che la morte è cosa ben diversa dalle lesioni, non soltanto sotto l’aspetto naturalistico, ma anche sotto l’aspetto giuridico: talché la morte non può essere considerata come evento solo quantitativamente diverso dalle lesioni».

⁴⁰⁶ *Ex multis*, Cass. pen., sez. V, 1 luglio 2010, n. 28546, in *CED Cass. pen., 2010*, nella quale la Corte di Cassazione ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il tribunale della libertà ha escluso l’identità del fatto, rilevante ai fini della preclusione di cui all’art. 649 c.p.p., con riguardo a un procedimento per il delitto di omicidio preterintenzionale nel caso che le lesioni – per le quali si sia già proceduto – abbiano solo successivamente determinato la morte della persona offesa; Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 1987, in *Cass. pen.*, 1989, p. 620, per cui è ammissibile il giudizio per omicidio colposo quando si sia già proceduto per le lesioni che solo successivamente determinarono la morte della persona offesa.

⁴⁰⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 187.

possibile, in particolare, desumere il connotato dell'abitualità dalla somma delle condotte già giudicate e di quelle ancora da giudicare»⁴⁰⁸.

A ben vedere, si tratta di un profilo problematico dell'argomento in esame: si potrebbe palesare, ad esempio, il caso di una sentenza di assoluzione in ragione del fatto che il singolo episodio – non reiterato – non raggiunge l'abitualità, *conditio sine qua non* per la configurazione del reato⁴⁰⁹.

Autorevole dottrina assume che «questa specie di sentenza non può riportarsi sotto il sistema dell'art. 90 c.p.p., specie perché presupposto di questo sistema è la identità del fatto, mentre nessuno dubiterebbe che qui il fatto, per l'intervento delle successive azioni, muti sostanzialmente. Né può tale caso riportarsi sotto una delle tre ipotesi espressamente contemplate dall'art. 90: nuove circostanze, mutamento del titolo, mutamento del grado». Tale diversità di approccio sarebbe giustificata dalla particolare struttura del reato abituale⁴¹⁰.

Il pregio di tale orientamento risiede nel superamento di un potenziale rischio di ingiustizia sostanziale nel caso in cui l'autore di un reato le cui condotte complessivamente considerate configurino – effettivamente – una fattispecie abituale “abbia la fortuna” di veder cadere il giudicato su una frazione del reato che, isolatamente considerata, non costituisca reato. Ma non va oltre. Il divieto di *ne bis in idem*, infatti, ha la funzione di evitare una duplicazione di processi per lo stesso fatto e poco importa se si tratta del fatto intero o una frazione di esso⁴¹¹.

Profili solo parzialmente differenti presenta la tematica del reato permanente⁴¹². Il giudicato su un segmento della condotta in permanenza non preclude un nuovo giudizio su un'altra frazione della condotta che non sia stata

⁴⁰⁸ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 99.

⁴⁰⁹ G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 354, per esempio, «Si denuncia all'autorità giudiziaria uno sfruttamento della prostituzione: il magistrato assolve perché le poche azioni contestate non sono sufficienti a costituire il reato denunciato. [...] Se, però, accade che posteriormente a tale sentenza di assoluzione vengano commesse altre azioni collegabili, specie per quanto attiene all'elemento psicologico, alle precedenti azioni, potrà opporsi l'*exceptio rei iudicatae*, onde evitare che si richiami all'esame del giudice le precedenti azioni che provocano la sentenza di assoluzione?».

⁴¹⁰ G. LEONE, *Trattato*, cit., p. 354.

⁴¹¹ Del resto, perentoriamente, F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1212: «L'avvenimento giudicato non esiste più ai fini penali: supponiamo che *x* sia penalmente amorfo e, combinato a *y*, diventi reato abituale; sarebbe *bis in idem* ri-giudicarlo».

⁴¹² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 186: «il protrarsi nel tempo della situazione antigiusdittica creata dalla condotta è rilevante, nel senso che il reato è perfetto nel momento in cui si realizza la condotta ed eventualmente si verifica l'evento, ma il reato non si esaurisce finché perdura la situazione antigiusdittica».

giudicata e, chiaramente, successiva al primo segmento⁴¹³. Diversamente opinando, l'interessato «delinquerebbe in piena licenza»⁴¹⁴.

5. La rilevabilità del divieto in ogni stato e grado del procedimento ed onere di allegazione

Se il primo comma dell'art. 649 c.p.p. enuncia la regola generale in forza della quale nessuno può essere sottoposto a giudizio più di una volta per lo stesso fatto, il secondo comma introduce una normativa, se si vuole, più di dettaglio, prescrivendo cosa debba fare il giudice nei casi in cui il principio di cui al comma precedente sia violato.

In particolare, la norma stabilisce che se «ciò nonostante viene di nuovo iniziato il procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo».

Dal dato normativo sembrerebbe emergere, innanzitutto, che la rilevabilità del vizio è limitata alla fase processuale, posto che si parla di «stato e grado del processo» nonché di «sentenza» e che non vi sarebbe alcun onere di allegazione da parte dell'accusato.

Non senza qualche disappunto da parte della dottrina, limitatamente al preteso onere a carico dell'imputato (che, come si capirà, ben potrebbe essere solo indagato), è vero il contrario: il *ne bis in idem* può essere dichiarato anche con il

⁴¹³ Si discute sull'individuazione del termine per contestare un nuovo reato in permanenza, nei casi in cui, chiaramente, si presuma che il già condannato non abbia mai interrotto l'attività criminosa. La giurisprudenza, tradizionalmente, riteneva di far decorrere la nuova contestazione dal giorno successivo alla pronuncia di primo grado (Cass. pen., sez. I, 8 aprile 2008, n. 17265, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2919, per cui «la pronuncia della sentenza di primo grado segna il termine ultimo e invalicabile della protrazione della permanenza del reato, in quanto la condotta futura dell'imputato trascende necessariamente l'oggetto del giudizio»). Deve segnalarsi, però, in tema di cessazione della permanenza, l'arresto per cui, la condotta si considera cessata, se compare la formula «ad oggi» o «tutt'ora», con la formulazione dell'accusa (Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2016, n. 7605, in *CED Cass. pen.*, 2007). La dottrina concorda sull'opportunità di contestare il reato dal giorno successivo a quello indicato come finale nella prima imputazione, altrimenti, in caso contrario, «si consentirebbe all'imputato di beneficiare di un periodo di ingiustificata impunità» (F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., 99; nello stesso senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1211).

⁴¹⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1212.

provvedimento di archiviazione⁴¹⁵ e la giurisprudenza ha da sempre ritenuto onere dell'imputato allegare la sentenza irrevocabile da cui emerge la preclusione ad un secondo giudizio.

Si deve certamente concordare sulla rilevabilità procedimentale per un duplice ordine di ragioni: da una parte, l'economicità e la ragionevole durata del procedimento sconsigliano di dover instaurare un processo destinato a spegnersi appena entrato nella fase processuale; dall'altra, il rispetto del dato testuale, prescrivendo il divieto ad essere di nuovo sottoposto a procedimento penale, coerentemente con la portata di diritto soggettivo del principio, impone di limitare quanto più possibile la doppia persecuzione, permettendo di anticipare la pronuncia alla fase procedimentale.

L'impostazione giurisprudenziale favorevole ad un preteso onere di allegazione a carico dell'imputato appare meno condivisibile. La Corte di cassazione, infatti, non si accontenta della semplice informazione da parte del nuovamente accusato, ma pretende la prova concreta dell'improcedibilità da intendersi come produzione della sentenza dotata del "timbro" del "passaggio in giudicato"⁴¹⁶. Corrette, allora, risultano le critiche da parte della dottrina⁴¹⁷, che, invece, se ritiene pacifica la rilevabilità d'ufficio⁴¹⁸, aborrisce l'idea che senza il contributo fattivo consistente nella produzione documentale da parte dell'imputato il giudice non sia tenuto al «generale dovere di accertare *ex officio* la sussistenza di condizioni che impongano l'immediata declaratoria di una causa di non punibilità», individuando «un indice normativo specifico» nell'art. 529, comma 2, c.p.p., in

⁴¹⁵ Cass. pen., sez. V, 12 dicembre 1991, in *Giust. pen.*, 1992, III, p. 287.

⁴¹⁶ *Ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 16 settembre 2015, n. 39851, in *Dir. e giust.*, 2 ottobre 2015.

⁴¹⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1063, che osserva: «la questione va discussa in due chiavi: se il giudice sia o no tenuto a indagare sull'eventuale precedente ostativo; quale la decisione se il fatto non risultasse pienamente provato. Ovvio la risposta al primo quesito: spetta all'organo giudicante stabilire se esistano ostacoli al processo: tale ricognizione costituisce il preambolo del lavoro decisorio. Altrettanto ovvio che non sia richiesta una prova negativa dei possibili eventi preclusivi; anzi, se non se ne parla quasi mai; questioni simili nascono solo dove qualcuno o qualcosa le suscitino: dunque, non siamo davanti a un fatto costitutivo del dovere di procedere, previsto in forma negativa (del quale, cioè, vada in ogni caso provata l'inesistenza). Né il precedente *ex art. 90* costituisce un fatto impeditivo in senso tecnico: l'eventuale dubbio, fondato in una prova incompiuta o in prove incompatibili, esige un proscioglimento con la formula corrispondente; il caso è simmetrico a quello in cui il giudice dubita su una scriminante o una causa d'esclusione della colpevolezza; identico il meccanismo logico della decisione, cada sul "dover procedere" o sul "dover punire"».

⁴¹⁸ P.P. RIVELLO, *Analisi*, cit., p. 524. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 877: «Secondo la giurisprudenza, tuttavia, l'*officium iudicis* non si estende alla prova».

forza del quale la dichiarazione del non doversi procedere può anche avvenire con la formula dubitativa circa la sussistenza della condizione⁴¹⁹.

L'*exceptio rei iudicatae* nel giudizio di cassazione presenta profili molto peculiari. La normativa è data dagli artt. 620, lettera h) e 621. Il primo prevede che la corte pronunci sentenza di annullamento senza rinvio «se vi è contraddizione fra la sentenza o l'ordinanza impugnata e un'altra anteriore concernente la stessa persona e il medesimo oggetto, pronunciata dallo stesso o da un altro giudice penale», mentre il secondo stabilisce che nei casi di cui sopra la corte «ordina l'esecuzione della prima sentenza o ordinanza, ma, se si tratta di una sentenza di condanna, ordina l'esecuzione della sentenza che ha inflitto la condanna meno grave determinata a norma dell'articolo 669»⁴²⁰.

Trattandosi – comunque – di un giudizio di legittimità, un più risalente orientamento della giurisprudenza riteneva che non fosse possibile eccepire la violazione del *ne bis in idem* la prima volta nel giudizio di cassazione, «a meno che “*ratione temporis*” non fosse stato possibile dedurla in grado di appello perché la sentenza di riferimento era passata in giudicato dopo quel giudizio»⁴²¹, trattandosi, del resto, «di questione di fatto, riservata alla valutazione del giudice di merito»⁴²². Recentemente, è prevalso l'opposto orientamento per cui sarebbe «deducibile nel giudizio di cassazione la preclusione derivante dal giudicato formatosi sul medesimo fatto, atteso che la violazione del divieto del “*bis in idem*” si risolve in un “*error in procedendo*” che, in quanto tale, consente al giudice di legittimità l'accertamento di fatto dei relativi presupposti»⁴²³.

⁴¹⁹ E. M. MANCUSO, *Il giudicato*, cit., p. 495, 496.

⁴²⁰ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 878, per cui si tratta di un epilogo di improcedibilità che «discenderebbe in ogni caso dal combinato disposto degli art. 649 comma 2 e 620 lett. a c.p.p.» che, appunto, prevede il caso in cui l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita.

⁴²¹ Cass. pen., sez. I, 14 maggio 2004, n. 31123, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3008.

⁴²² Cass. pen., sez. VI, 5 giugno 2003, n. 34955, in *Cass. pen.*, 2005, p. 94.

⁴²³ Cass. pen., sez. II, 8 luglio 2014, n. 33720, in *CED Cass. pen.*, 2014. Si occupa del mutamento di orientamento, R. BELFIORE, *Ne bis in idem e cognizione della corte di cassazione: un segnale di apertura all'ammissibilità del ricorso*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4253.

5.1. I provvedimenti preclusivi ad un nuovo giudizio: la sentenza, il decreto penale, la sentenza ai sensi dell'art. 425 c.p.p. ...

A norma dell'art. 649 c.p.p. i provvedimenti che sono in grado di fondare il divieto di sottoposizione ad un nuovo giudizio sono solo sentenze e decreti penali. Nessun dubbio che in tale accezione rientrino anche le sentenze pronunciate all'esito del giudizio abbreviato, nonché quelle che ratificano l'accordo fra le parti⁴²⁴.

Non vi sono ragioni, inoltre, per escludere le sentenze che dichiarano l'estinzione del reato per l'esito positivo della messa alla prova, siano esse pronunciate nel corso delle indagini ovvero nel giudizio. A tal proposito, tuttavia, potrebbero sorgere taluni profili problematici valutando, invece, l'ipotesi in cui l'esito non fosse positivo e pertanto occorresse riprendere il processo. In realtà, la problematicità in esame appare agevolmente superabile se si considera, da una parte, che la pronuncia non ha i caratteri della definitività, trattandosi, infatti, di un'ordinanza, e, dall'altra, che la disposizione di cui all'art. 657 *bis* c.p.p. salvaguarda il principio del *ne bis in idem* sostanziale prevedendo che il pubblico ministero, nel computare la pena da espiare in concreto, tenga conto del periodo esecuzione della messa alla prova.

Molto discusso è se la sentenza di non luogo a procedere abbia o meno effetti preclusivi.

Come noto, infatti, l'art. 425 c.p.p. prevede che il giudice dell'udienza preliminare pronunci in determinati casi sentenza di non luogo a procedere. L'art. 650 distingue sentenze e decreti penali dalle sentenze di cui all'art. 425 c.p.p.: le une hanno forza esecutiva quando sono divenute irrevocabili, le altre quando non sono più soggette ad impugnazione. La sentenza di non doversi procedere non viene pronunciata in giudizio. Si tratta di una sentenza impugnabile, dopo la c.d. riforma Orlando, davanti alla Corte di Appello e, ancora, anche se spirato il termine per proporre impugnazione, non suscettibile di divenire irrevocabile⁴²⁵ a causa

⁴²⁴ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 865.

⁴²⁵ Dissente dalla scelta legislativa, F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1200, per cui, viste le poche differenze fino a quando non sopraggiungano nuove prove, «tanto valeva chiamarle irrevocabili».

dell'istituto della revoca di cui all'art. 434 c.p.p., in forza del quale il pubblico ministero, nel caso sopraggiungano nuove prove che da sole o congiunte a quelle già acquisite possano determinare il rinvio a giudizio, può chiedere – appunto – la revoca al giudice per le indagini preliminari.

Autorevole dottrina risolve la questione in semplici «scelte nomenclatorie»: sino a quando la sentenza non venga revocata ai sensi dell'art. 434 c.p.p., l'effetto preclusivo non è in discussione⁴²⁶.

Non vi è, tuttavia, chi⁴²⁷ non sleghi l'efficacia preclusiva della sentenza di cui all'art. 425 c.p.p. dal divieto di un secondo giudizio, evidenziando la diversità fra «l'irrevocabilità» che consegue ad un processo da «l'irrevocabilità che consegue ad un *procedimento* chiuso da una sentenza di non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.*, privo di vero e proprio contraddittorio, svolto su una ipotesi di accusa che non ha superato la griglia valutativa in ordine alla meritevolezza, ai fini di giustizia, di un giudizio compiuto». Il rimedio risiederebbe nei vizi dell'iniziativa del pubblico ministero, «che nella specie viene in rilievo quale riflesso di tutela dei diritti dell'indagato, ovvero – e pare la soluzione logicamente assorbente – nei termini costitutivi di un vero e proprio vizio di improcedibilità alla stregua dell'art. 345.2 [...], con la conseguente inutilizzabilità degli atti investigativi compiuti in presenza della condizione di improcedibilità».

Tale impostazione, per quanto suggestiva e, per certi versi ineccepibile⁴²⁸, non persuade nella misura in cui mischia i piani dell'analisi dell'effetto preclusivo

⁴²⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1215; dello stesso avviso G. DELLA MONICA, *Giudicato*, in *Dig. pen.*, I, Torino, 2008, p. 407.

⁴²⁷ E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, M. CHIAVARIO E E. MARZADURI (diretta da), *Le impugnazioni*, M.G. AIMONETTO (coord. da), Utet, Torino 2005, pp. 605-606.

⁴²⁸ Non può negarsi, infatti, che i piani siano collegati nel senso che se appare pacifica l'inutilizzabilità degli atti investigativi compiuti in assenza di revoca *ex art. 434 c.p.p.*, ciò non esclude l'efficacia preclusiva della sentenza non revocata. Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 8, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 957, per cui «in virtù della preclusione derivante dalla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere, non può essere applicata una misura cautelare, per lo stesso fatto, nei confronti dell'imputato prosciolto prima che, emerse nuove fonti di prova, sia pronunciata dal g.i.p. la revoca della sentenza medesima»; L. PECORI, *Potenzialità preclusive della sentenza di non luogo a procedere*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 56, per cui l'effetto preclusivo della sentenza di non luogo a procedere «necessariamente assorbe l'ulteriore questione dell'utilizzabilità degli atti d'indagine compiuti in assenza del provvedimento revocatorio: non avrebbe, infatti, alcun senso consentire l'uso, ad esempio, ai fini di un provvedimento cautelare, del risultato di un'attività investigativa funzionale all'esercizio di un'azione penale destinata a scontrarsi con una declaratoria d'improcedibilità».

della sentenza di cui all'art. 425 c.p.p. e quello dell'utilizzabilità degli atti di indagine compiuti senza l'ordinanza di revoca della sentenza di non doversi procedere. Il fatto che gli atti investigativi compiuti dal pubblico ministero senza la previa revoca siano inutilizzabili non esclude il *ne bis in idem*, ma, semplicemente la patologicità dell'indagine si somma al fatto che una persona per lo stesso fatto rischi un duplice processo. Tra i due nocumenti patiti dal già giudicato e giudicando quello che assume maggior peso è certamente quello connesso alla violazione del *ne bis in idem*. Atteso che la revoca ex art. 434 c.p.p. presuppone l'esistenza di nuove fonti di prova e che il meccanismo non può operare al solo fine di una semplice rivalutazione degli elementi di prova già acquisiti, l'efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere appare lampante⁴²⁹.

A ciò si aggiunga che, in realtà, la stessa premessa secondo cui la diversità di irrevocabilità fra la sentenza ex art. 425 c.p.p. e quelle citate dall'art. 649 c.p.p. sarebbe da ricondurre alla mancanza di un vero e proprio contraddittorio non appare convincente o – quantomeno – dirimente. Se infatti l'asserzione secondo cui in udienza preliminare, di regola, non hanno cittadinanza gli istituti propri del dibattimento non pare controvertibile, è altrettanto vero che le dinamiche potenzialmente verificabili sino al rinvio a giudizio possono risolversi in gradi di afflittività uguali se non maggiori a quelli propri dei successivi *step* processuali. Si pensi, ad esempio, alla statisticamente maggiore incidenza delle misure cautelari personali durante le indagini rispetto al dibattimento.

Variegato appare l'approccio giurisprudenziale all'efficacia della sentenza di cui all'art. 425 c.p.p. La Corte costituzionale pur ammettendo un «mero effetto preclusivo»⁴³⁰, la sottrae dal *ne bis in idem*.

⁴²⁹ G. LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 804; in termini analoghi, T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 865; F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 81, per cui la sentenza di non luogo a procedere «determina certamente il verificarsi di un fenomeno di *ne bis in idem* nel senso di cui all'art. 649 c.p.p., rispetto al quale i casi eccezionali di revocabilità della sentenza assumono i contorni della fattispecie derogatoria».

⁴³⁰ C. cost., 26 giugno 1997, n. 206, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3277, per cui «Si rivela quindi infondata la pretesa di assimilare, agli effetti dei termini per proporre impugnazione, la sentenza di non luogo a procedere alla decisione adottata a conclusione del giudizio abbreviato: quest'ultima, infatti, è una sentenza pronunciata in giudizio ed è quindi contrassegnata dall'attributo della irrevocabilità; la prima, invece, non è mai in grado di divenire irrevocabile e, come tale, è sottratta al regime del *ne bis in idem*, restando invece designata da un mero effetto preclusivo, rimovibile attraverso l'istituto della revoca»; in termini analoghi, anche se la Consulta era chiamata a vagliare, in realtà, legittimità costituzionale dell'art. 555 comma 2, in relazione all'art. 414 c.p.p., sollevata in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui non consente di rilevare o eccepire la nullità del

La giurisprudenza di legittimità non pare, ad oggi, aver raggiunto un orientamento uniforme. Da una parte, si sostiene che la mancata inclusione della sentenza di non doversi procedere nell'art. 650 c.p.p. impone di escludere ogni «attitudine preclusiva» alle sentenze di non doversi procedere, non potendosi accogliere l'accostamento di tali decisioni a quelle di proscioglimento non più impugnabili pronunciate dal giudice istruttore nella vigenza del vecchio codice, posto che si tratterebbe di provvedimenti concettualmente distinti⁴³¹. Dall'altra, un diverso orientamento riconosce, invece, efficacia preclusiva alla sentenza di cui all'art. 425 c.p.p., poiché, «pur se non ricompresa fra quelle di cui agli art. 648 e 649 c.p.p., formalmente preclusive di un secondo giudizio, impedisce ugualmente l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona ove in concreto manchino le condizioni per la sua revocabilità»⁴³².

5.2. ... il provvedimento di archiviazione

Analoghi interrogativi circa l'efficacia preclusiva, presenta il provvedimento di archiviazione; come noto, si tratta di un provvedimento che costituisce la ratifica giudiziale della decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale. Per le ragioni che tra poco si intuiranno, appare

decreto di citazione nel caso di mancata autorizzazione alla riapertura delle indagini preliminari, soffermandosi anche sull'efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere, C. cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1371.

⁴³¹ Cass. pen., sez. III, 18 gennaio 1994, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2456, per cui «Si potrebbe eccepire che la giurisprudenza elaboratasi nella vigenza delle norme processuali abrogate aveva prevalentemente ritenuto che un tale carattere dovesse riconoscersi anche alle sentenze di proscioglimento non più soggette a impugnazione pronunciate dal giudice istruttore pur essendo anche per esse prevista la possibilità della riapertura delle indagini a carico dello stesso soggetto per il medesimo fatto [...]. Deve peraltro risponderci a una tale obiezione che nell'ordinamento processuale vigente la sentenza di “non luogo a procedere”, sconosciuta in quello abrogato, è concettualmente distinta da quella di proscioglimento alla quale esclusivamente, oltre a quella di condanna, fa riferimento l'art. 649». Crf. F. F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1062: «non vi è alcun dubbio che la sentenza istruttoria di proscioglimento impedisca di procedere una seconda volta in base alle medesime prove (art. 402.1): ora, ciò implica un'efficacia di giudicato».

⁴³² Cass. pen., 8 novembre 1996, n. 457, in *Cass. pen.*, 1998, p. 838. In senso conforme: Corte di Appello, Perugia, 3 marzo 1998, in *Rass. giuridica umbra*, 1999, p. 190; Cass. pen., sez. VI, 13 luglio 2001, n. 33300, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2719; Cass. pen., sez. I, 9 maggio 2000, n. 8855, in *CED Cass. pen.*, 2000.

opportuno precisare che il provvedimento di archiviazione può assumere le forme dell'ordinanza o del decreto: la prima ipotesi si verifica nel caso in cui si instauri il contraddittorio fra pubblico ministero, persona sottoposta alle indagini e persona offesa e venga, pertanto, fissata udienza ai sensi dell'art. 127 c.p.p.; la seconda ipotesi, invece, si verifica quando la decisione del giudice per le indagini preliminari viene assunta *de plano*.

Occorre, dunque, interrogarsi se possa assumere efficacia preclusiva ad un nuovo giudizio un provvedimento che certifica la volontà del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale.

Del resto, come accade per la sentenza di non doversi procedere, appare difficoltoso definire irrevocabile il provvedimento di archiviazione in ragione dell'istituto della riapertura delle indagini preliminari di cui all'art. 414 c.p.p., che impone al pubblico ministero, dopo che abbia richiesto ed ottenuto l'archiviazione della notizia di reato, di chiedere l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari a indagare nuovamente su un procedimento penale che si riteneva concluso. Si aggiunga, poi, che, mancando una formale imputazione, posto che l'accusa a ben vedere è limitata in una presunta violazione di un precetto penale iscritta nel registro delle notizie di reato in via, peraltro, approssimativa ed instabile, l'archiviazione «non è una sentenza, né implica vero *ius dicere*»⁴³³.

Ciononostante, è la stessa Corte costituzionale ad affermare che «il nuovo codice di rito penale assegna una efficacia (limitatamente) preclusiva al provvedimento di archiviazione», in ragione del fatto che la mancata autorizzazione del giudice alla riapertura delle indagini, appunto, preclude l'esercizio dell'azione penale: «la caratteristica indefettibile di ogni ipotesi di preclusione è quella di rendere improduttivi di effetti l'atto o l'attività preclusi; ed è naturalmente compito del giudice quello di sancire tale inefficacia»⁴³⁴, dichiarando con sentenza la causa di improcedibilità.

Analoghe conclusioni sono state raggiunte dalla giurisprudenza di legittimità la quale, oltre a confermare l'efficacia limitatamente preclusiva del provvedimento di archiviazione, ha altresì precisato che l'ostatività ad un nuovo

⁴³³ T. RAFARACI, Ne bis in idem, cit., p. 865.

⁴³⁴ C. cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1373.

esercizio dell'azione penale è limitata allo stesso ufficio del pubblico ministero che aveva richiesto ed ottenuto l'archiviazione della notizia di reato⁴³⁵.

Orbene, non può negarsi che, al netto di quanto pocanzi affermato, il dato normativo non permetterebbe di accostare il provvedimento di archiviazione al *ne bis in idem* per molteplici ragioni; a titolo esemplificativo: la distanza topografica e sistemica fra indagini ed esecuzione; l'assenza di natura propriamente decisionale, declassata in un mero controllo giurisdizionale da parte del giudice per le indagini preliminari; la possibile mancanza di una partecipazione della persona sottoposta alle indagini, finanche ignorante la totalità dei "fatti di causa".

Tralasciando ipotesi patologiche ampiamente argomentate con autorevoli analisi⁴³⁶, si proverà a valutare l'efficacia preclusiva dell'archiviazione guardando, da una parte, all'afflittività del procedimento sino alla rinuncia all'esercizio dell'azione penale, non potendosi tacere il fatto che, quant'anche non venga richiesto il rinvio a giudizio, la quotidianità non è scevra di provvedimenti di archiviazione pronunciati dopo un'attività di indagine molto ampia ed invasiva, vuoi per il nocumento connesso alla semplice sottoposizione a procedimento penale, vuoi per l'aver subito limitazioni alla libertà personale o di altri diritti fondamentali⁴³⁷, dall'altra alla causa che ha giustificato l'archiviazione.

Occorre dunque domandarsi se sia possibile colmare in via interpretativa la lacuna garantistica – o, più precisamente, aggirare la precisa scelta del codice di rito che, all'evidenza, non ha dato un'investitura preclusiva all'archiviazione – con un

⁴³⁵ Cass. pen., Sez. Un., 22 marzo 2000, n. 9, in *Cass. pen.*, 2001, p. 40.

⁴³⁶ R. ORLANDI, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3291.

⁴³⁷ G. LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 804, per cui la regolamentazione che il codice ha dato all'archiviazione menoma la certezza in senso soggettivo, osservando che «mentre per il codice abrogato l'archiviazione veniva pronunciata a conclusione di un'attività di indagini estremamente ridotta (atti di polizia o attività preistruttorie) nel corso della quale non si realizzava alcun contraddittorio, oggi l'archiviazione può essere pronunciata dopo una fase di indagini preliminari protrattasi per due anni (nelle ipotesi dell'art. 407 c.p.p.) e durante tale fase l'indagato può aver subito una custodia cautelare fino ad un anno (art. 303 comma 1 n. 3 c.p.p.), possono essere state assunte prove con l'attuazione del contraddittorio nel momento della formazione della prova (se vi sono stati incidenti probatori) e possono esservi stati numerosi provvedimenti giurisdizionali se il provvedimento di custodia cautelare del giudice delle indagini preliminari sia stato impugnato avanti al tribunale della libertà ed alla Corte di cassazione. Inoltre, lo stesso provvedimento di archiviazione può essere emanato dopo un'attuazione del contraddittorio avente ad oggetto l'intera fase delle indagini preliminari ove il decreto di archiviazione sia stato preceduto dalla camera di consiglio prevista dagli artt. 409 e 410 c.p.p.».

operazione ermeneutica consistente nell'attribuire natura effettivamente giurisdizionale al provvedimento di archiviazione⁴³⁸.

Non mancano, del resto, approfondimenti dottrinali afferenti la natura dell'archiviazione ove si contrappongono i fautori della giurisdizionalità⁴³⁹ a coloro che collocano ordinanza o decreto di archiviazione al di fuori dei provvedimenti implicanti un vero e proprio *ius dicere*⁴⁴⁰.

Con ciò si intende sottolineare il differente percorso per mezzo del quale si può pervenire alla archiviazione. Da una parte, vi è il caso, lineare, in cui il pubblico ministero ritiene infondata la notizia di reato e, pertanto, rivolge richiesta di archiviazione al giudice per le indagini preliminari, senza obbligo di avviso alla persona offesa (mancando, per ipotesi, la querela o – in caso contrario – nell'atto non vi era richiesta in tal senso) e, condividendo le ragioni del magistrato inquirente, il giudice adito accoglie la richiesta, emettendo il relativo decreto, con un provvedimento che di fatto non implica uno *ius dicere*, ma si limita a ratificare la volontà del pubblico ministero⁴⁴¹. Dall'altra, invece, vi sono casi in cui la richiesta del pubblico ministero attiva un vero e proprio contraddittorio fra le parti, all'esito del quale la valutazione del giudice per le indagini preliminari, nelle cui mani si trova l'intero fascicolo processuale, non si limita a ratificare una scelta altrui, ma implica scelte decisorie complesse ed approfondite.

A ciò si aggiunga il fatto che se nell'impianto originario del codice di rito la persona offesa entrava nel procedimento alla stregua di uno sgradito ospite

⁴³⁸ In aperto disaccordo con simili operazioni, F. CAPRIOLI, *Archiviazione*, cit.; F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 82, per cui «In queste condizioni, non può che risultare sconcertante la scelta legislativa di lasciare l'indagato in balia dei ripensamenti del pubblico ministero: ma colmare in via interpretativa questo deficit garantistico assegnando al provvedimento archiviativo un'efficacia di *ne bis in idem* – come sostanzialmente ha fatto Cost. 27/1995, secondo la quale, dopo l'emanazione di tale provvedimento, non sarebbe legittima l'azione penale esercitata in difetto di autorizzazione del giudice per le indagini preliminari – significa condurre il provvedimento di archiviazione fino al punto di non ritorno della sua metamorfosi in sentenza, con totale sovvertimento dell'impalcatura sistematica eretta dai codificatori del 1988».

⁴³⁹ L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 12; analogamente A.A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 259.

⁴⁴⁰ R. BONSIGNORI, *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1997, I Agg., p. 125, la quale in ragione della non impugnabilità nel merito e del carattere non giurisdizionale del decreto e dell'ordinanza di archiviazione nega ogni effetto preclusivo. Nello stesso senso, M. CAIANIELLO, *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 78.

⁴⁴¹ In alcuni uffici GIP non sono infrequenti prassi archiviate che ricorrono a moduli prestampati, con motivazioni inesistenti, limitandosi a richiamare, *per relationem*, le ragioni addotte dal pubblico ministero.

autoinvitatosi, recenti interventi legislativi⁴⁴², talvolta sollecitati da convenzioni e direttive comunitarie⁴⁴³, e, da ultimo con la c.d. riforma Orlando, l'hanno trasformata in un protagonista assoluto con piena cittadinanza a partecipare al banchetto: si pensi alle norme introdotte per la tutela delle vittime vulnerabili ovvero all'aumento da dieci a venti giorni per opporsi alla richiesta di archiviazione.

Se ne deduce, pertanto, che, anche senza disconoscere la forzatura interpretativa – sia pure di *favor rei* – operata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 27/1995, non può essere taciuto un nuovo stato dell'arte. In altri termini, se il contorno originario del codice Vassalli non permetteva di affermare con forza l'efficacia preclusiva al provvedimento di archiviazione, l'assetto attuale, per quanto irrituale possa apparire tale ragionamento⁴⁴⁴, impone all'interprete rime meno obbligate.

Per raggiungere tale traguardo, l'elemento dirimente e decisivo può essere da ultimo individuato nella nuova ipotesi di archiviazione per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 *bis* c.p., che introduce, per la prima volta, un'ipotesi di rinuncia all'esercizio all'azione penale benché il fatto di reato sia perfetto, appaia pacifico che l'imputato lo abbia commesso, ma – comunque – ragioni diverse, di natura sostanziale e di deflazione, permettono di non ottemperare alla pretesa punitiva dello Stato.

⁴⁴² Si pensi, ad esempio, all'inserimento della nuova misura pre-cautelare di cui all'art. 284 *bis* c.p.p. ad opera del D.Lvo 14 agosto 2013, n. 93, ovvero alle norme di cui all'art. 90 *bis*, 90 *ter* e 90 *quater* c.p.p. inserite con D.Lvo 15 dicembre 2015, n. 212 in tema di informazioni alla persona offesa ovvero, ancora, alle modifiche apportate con la c.d. riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103) che offrono alla persona offesa la possibilità di richiedere non più la semplice presenza di iscrizioni nei registri di cui all'art. 335 c.p.p. ma anche indicazioni sullo stato del procedimento. In dottrina, H. BELLUTA, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 68; C. RUSSO, *L'art. 90-ter c.p.p. nel quadro dei poteri processuali riconosciuti alla persona offesa nel procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3898; E. COLOMBO, *Le novità del D.Lg. n. 212/2015: primi rilievi*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2214.

⁴⁴³ Cfr. Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI; D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3415; P. SECHI, *Vittime di reato e contesto sovranazionale (prima parte)*, in *Cass. pen.* 2017, p. 850; P. SECHI, *Vittime di reato e contesto sovranazionale (seconda parte)*, in *Cass. pen.* 2017, p. 1236.

⁴⁴⁴ F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Novene, Napoli, 1994, p. 440, evidenzia, in qualche modo, come la lettura della natura del provvedimento di archiviazioni debba confrontarsi con la scelta tra «la tutela dei diritti delle parti e il rispetto della coerenza sistematica».

La novità non è di poco momento. È il primo caso in cui si permette al giudice per le indagini preliminari di emettere il provvedimento di archiviazione pur sapendo l'indagato è colpevole⁴⁴⁵. Del resto, lo stesso indagato, ai sensi dell'art. 411, comma 1 *bis*, c.p.p., ha diritto di essere informato della richiesta e ha la possibilità di opporsi. Non può sostenersi che, in tale ipotesi, la valutazione del giudice non implichi uno *ius dicere*, non solo sulla possibilità di applicare al caso concreto l'art. 131 *bis* c.p., ma – soprattutto – sulla presenza di causa di proscioglimento maggiormente favorevole all'indagato⁴⁴⁶. La decisione sull'archiviazione, pertanto, assume una configurazione diversa, non potendosi più dubitare della sua natura giurisdizionale⁴⁴⁷.

Modificandosi e ampliandosi i poteri del giudice per le indagini preliminari, la tesi a favore della portata preclusiva del provvedimento di archiviazione appare rafforzata.

⁴⁴⁵ C. TAORMINA, *Archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. pen.*, 2015, p. 719: «Il fatto è che il non esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero si radica sul fatto che gli elementi della notizia di reato con i quali egli si confronta non risultano coincidenti con alcune fattispecie di reato, per le molteplici causali per così dire “assolutorie” o di non punibilità per espressa previsione normativa, come nei casi dell'indulto e della prescrizione. Molto diversa è, invece, la situazione nel caso che occupa. Il pubblico ministero che chiede al giudice delle indagini preliminari l'archiviazione per particolare tenuità del fatto, parte dal presupposto che il reato sia stato consumato ma che, per le ragioni di diritto sostanziale sopra evidenziate, non debba essere punito. [...] il pubblico ministero afferma che quel fatto integra un reato, ne stabilisce un grado di offensività e quindi la offensività *tout court*, e, nonostante tutto ciò, dichiara di non voler esercitare l'azione penale».

⁴⁴⁶ F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 102, per cui «Ciò che il giudice dell'archiviazione è chiamato a valutare è se la scelta rinunciataria del pubblico ministero sia giustificata, non importa per quale ragione. Nulla di male, dunque, a ritenere che il giudice, ricorrendone i presupposti, possa archiviare anche con una diversa formula: nell'espressione “se il giudice non accoglie la richiesta”, la parola “richiesta” sembrerebbe potersi intendere come “richiesta di archiviazione” *tout court* anziché come “richiesta di archiviazione per tenuità del fatto”». Più in generale, C. CONTI, *Archiviazione*, in G. GARUTI (a cura di) *Indagini preliminari e udienza preliminare. Trattato di procedura penale*, G. SPANGHER (diretta da), III, Utet, Torino, 2009, p. 823.

⁴⁴⁷ C. CONTI, *Archiviazione*, cit., p. 809, per cui «[a] nostro avviso, i caratteri della giurisdizionalità sono costituiti dalla presenza di un giudice ordinario, dal contraddittorio, dal rispetto di difesa, dalla motivazione del provvedimento e dall'impugnabilità. È altresì evidente che, in base al principio di adeguatezza, tali caratteri debbono essere attuati in maniera proporzionata al tipo di provvedimento che deve essere adottato. Pertanto, la pienezza di tutti i connotati della giurisdizione opererà soltanto nella fase del processo, successivamente all'esercizio dell'azione penale. Tuttavia, a nostro avviso, le cadenze del procedimento archiviativo consentono di affermare la natura giurisdizionale di tale provvedimento. E tale caratteristica consegue alla base probatoria sulla quale il giudice si pronuncia, costituita da tutti gli atti compiuti all'esito di indagini complete».

La soluzione al quesito, pertanto, passa necessariamente dal valutare il contenuto dell'atto emesso dal giudice per le indagini preliminari⁴⁴⁸. Nel caso in cui sia pronunciato decreto senza instaurazione di contraddittorio e il provvedimento si limitasse a ratificare la scelta del pubblico ministero la portata preclusiva dell'archiviazione apparirebbe limitata; in caso contrario, ad esempio, ordinanza a seguito di udienza *ex art. 127 c.p.p.*, occorre valorizzare l'esigenza di certezza del diritto in senso soggettivo connessa alla *ratio* del *ne bis in idem*: l'indagato ha già patito (o rischiato di patire) ogni possibile sofferenza connessa alla sottoposizione ad un procedimento penale e – legittimamente – ritiene di aver conquistato la fine del suo travagliato processo (in un'accezione – *ça va san dire* – atecnica).

6. Le eccezioni al principio del *ne bis in idem*

L'art. 649 c.p.p. prevede che il divieto di un secondo giudizio trovi un limite in due precise situazioni espressamente indicate con l'inciso «salvo quanto disposto dagli articoli 69, comma 2, e 345».

La prima ipotesi ha ad oggetto l'erronea dichiarazione di morte dell'imputato, sicché, qualora si accerti che la persona è ancora in vita, non può essere opposta la *exceptio rei iudicatae* fondata sulla pronuncia *ex art. 129 c.p.p.*

La seconda riguarda il verificarsi della condizione di procedibilità successivamente alla sentenza di proscioglimento: in tal caso l'imputato non può eccepire il *ne bis in idem*⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Cfr. G. ARIOLLI, *L'applicazione «definitiva» delle misure di sicurezza nel processo penale e la natura del decreto di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2789; l'Autore conferisce natura giurisdizionale alla pronuncia con ordinanza, assumendo che «[t]ale provvedimento, la cui natura procedimentale è discutibile, sembra poter superare le censure mosse dalla Corte. Infatti, esso risulta emesso nell'esercizio di un potere giurisdizionale, a conclusione di un'udienza camerale, nel contraddittorio delle parti e quindi con pieno rispetto del principio di uguaglianza e del diritto di difesa: inoltre, in tale udienza il g.i.p. potrebbe accertare, alla presenza delle parti, se il fatto sussiste, se l'indagato lo ha commesso e se risulta socialmente pericoloso».

⁴⁴⁹ Art. 345 c.p.p.: «1. Il provvedimento di archiviazione e la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, anche se non più soggetta a impugnazione, con i quali è stata dichiarata la mancanza della querela, della istanza, della richiesta o dell'autorizzazione a procedere, non impediscono l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona se è in seguito proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione. 2. La stessa disposizione si applica quando il giudice accerta la mancanza di una condizione di procedibilità diversa da quelle

In buona sostanza, l'impianto previsto dal codice, non diversamente da quanto accadeva nella vigenza del codice Rocco (artt. 17 e 87 c.p.p. abr.), limita l'efficacia preclusiva alle sentenze che hanno statuito nel merito⁴⁵⁰.

Limita, a determinate condizioni, ma non esclude. Sia la sentenza di non doversi procedere per morte del reo che quella per mancanza di una condizione di procedibilità, infatti, mantengono efficacia preclusiva nella misura in cui, in seguito, non emerga, per esempio, che il certificato di morte in atti riguardava un omonimo dell'imputato oppure che il proscioglimento sia intervenuto prima dei tre mesi concessi alla persona offesa per proporre querela⁴⁵¹.

Orbene, nel caso in cui, al contrario, la decisione del giudice statuisca sulla tardività della querela ovvero ritenga provata la morte del reo non sarà possibile per il pubblico ministero invocare il combinato disposto di cui agli artt. 649, 69 e 345 c.p.p.⁴⁵²; in mancanza del *novum*, l'effetto preclusivo non è in discussione; se non sopravviene la condizione per procedere resta vietato consegnare alla cognizione di un altro giudice il fatto oggetto di accertamento⁴⁵³.

Con riferimento all'ipotesi dell'erronea dichiarazione di morte dell'imputato, occorre precisare che il "nuovo" codice ha permesso di superare parte dei disaccordi⁴⁵⁴. Il "vecchio" art. 89 c.p.p. abr. prevedeva che la sentenza di proscioglimento, una volta accertata l'erroneità della dichiarazione di morte, dovesse considerarsi «come non pronunciata»⁴⁵⁵. Per tale motivo, autorevole

indicate nel comma 1, nonché quando, dopo che è stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere a norma dell'articolo 72-bis, lo stato di incapacità dell'imputato viene meno o si accerta che è stato erroneamente dichiarato».

⁴⁵⁰ V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 454, per cui «Le sentenze che si limitano ad accertare la mancanza di una condizione di procedibilità, a qualsiasi causa dovuta, sono produttive di effetti preclusivi soltanto se e finché realmente sussista la causa che le impedisce di procedere».

⁴⁵¹ Caso certamente infrequente, ma scolasticamente ipotizzabile: si pensi alla notizia di reato trasmessa dalla polizia giudiziaria, sussumendo il reato in una fattispecie procedibile d'ufficio, ma rivalutato dal pubblico ministero con procedibilità a querela con conseguente richiesta di archiviazione.

⁴⁵² F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 77, per cui «il giudice non può rimettere in discussione la già constatata improcedibilità o improponibilità dell'azione nel caso di un nuovo processo contro la stessa persona e per il medesimo fatto instaurato su *presupposti diversi* della sopravvenienza della condizione di procedibilità».

⁴⁵³ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 868.

⁴⁵⁴ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 79.

⁴⁵⁵ L'art. 89 c.p.p. abr. "*Dubbio sulla morte dell'imputato*", dopo due capoversi dedicati al dubbio circa la «esistenza in vita» dell'imputato, prevedendo la sospensione del procedimento ai fini di fugare il dubbio e, quindi la riapertura nel caso di accertamento dell'esistenza in vita, con revoca dell'ordinanza di sospensione, ovvero pronuncia di sentenza nel caso di accertamento della morte, disponeva al terzo comma: «Se in seguito si accerta che la morte fu erroneamente dichiarata,

dottrina⁴⁵⁶ assumeva che detta ipotesi costituisca una deroga al *ne bis in idem*: «in realtà siamo di fronte ad una pseudosentenza». Oggi, invece, i dubbi appaiono superati: si tratta di un'eccezione al normale effetto preclusivo⁴⁵⁷.

Sfugge, del resto, con quali argomenti possa criticarsi tale assunto. La morte del reo, sia essa veritiera o erroneamente dichiarata, infatti, determina altresì il decesso immediato del procedimento. I documenti patiti dall'imputato si interrompono con la sentenza. La persecuzione giudiziale, situazione che il *ne bis in idem* mira a scongiurare, per un processo interrotto, verosimilmente senza che l'imputato erroneamente ritenuto morto ne abbia avuto contezza, non esiste.

Coerenti, allora, sono le conseguenze che derivano alla scoperta dell'erronea dichiarazione di morte: il pubblico ministero «dovrà esercitare l'azione penale, in modo da ripristinare quel rapporto erroneamente reciso e consentire l'accertamento sulla prima regiudicanda recuperata allo scopo»⁴⁵⁸.

Per quanto concerne la sopravvenienza della condizione di procedibilità, in dottrina si discute se l'art. 345 c.p.p. costituisca o meno una deroga al divieto di *bis in idem*.

Da una parte, negando la natura derogatoria al *ne bis in idem* del disposto di cui all'art. 345 c.p.p., si sostiene la superfluità della norma e si rileva come i due giudizi avrebbero due oggetti differenti: il primo, la sola esistenza della condizione

la sentenza di proscioglimento non più soggetta ad impugnazione si considera come non pronunciata. Essa non impedisce l'azione penale per il medesimo fatto e contro la stessa persona, salvo che sia sopravvenuta una causa estintiva del reato o per la quale non si può procedere». Tale dato normativo ha portato taluni ad affermare che la sentenza pronunciata per morte del reo sarebbe insuscettibile di giudicato, «poiché il non doversi procedere è effetto che varia a seconda dei dati processuali». Tesi criticata da E.M. MANCUSO, *Il giudicato*, cit., p. 487, per cui «La ricostruzione prospettata si espone a una critica di carattere generale: tutte le pronunce irrevocabili, indifferentemente dal contenuto imperativo che eventualmente rechino, sono idonee a produrre l'effetto preclusivo all'instaurazione del nuovo giudizio. Affermare che il non doversi procedere in questione svanisca per effetto dell'emergere di un dato processuale significa accettare l'idea di dinamiche formative del giudicato distinte *secundum eventum litis*. Si capovolgerebbe, così, l'ordine delle argomentazioni. È l'eccezione a sancire il peso della regola: il giudicato formale riguarda ogni pronuncia, pur solo avente carattere processuale; qualsiasi statuizione di non doversi procedere divenuta irrevocabile genera giudicato ed è idonea a impedire la reiterazione dell'accertamento».

⁴⁵⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1062. Lo stesso autore, nel trattato sul nuovo codice, F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1215, parlerà di «autentica eccezione alla regola: la morte del reo estingue il reato; dichiarata erroneamente, non osta al secondo processo».

⁴⁵⁷ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 869.

⁴⁵⁸ E. M. MANCUSO, *Il giudicato*, cit., p. 489.

di procedibilità, mentre il secondo, sopravvenuta quest'ultima, la decisione nel merito. La norma di cui all'art. 345 si risolverebbe in un assunto tautologico⁴⁵⁹.

La soluzione prospettata non è condivisa da altra dottrina che evidenzia, invece, come la norma sia assolutamente necessaria, posto che, ad esempio, se tale norma non vi fosse, sarebbe possibile per il pubblico ministero chiedere il rinvio a giudizio per un reato aggravato perseguibile d'ufficio nei confronti dell'irrevocabilmente assolto per lo stesso fatto qualificato però, nel primo giudizio, non aggravato e, pertanto, procedibile a querela, con palese violazione della norma di cui all'art. 649 c.p.p. che vieta di riconsiderare le circostanze⁴⁶⁰. L'art. 345 c.p.p., dunque, non si riferisce all'oggetto dell'accertamento, bensì al «fatto materiale oggetto dell'imputazione», che «rimane identico anche quando si inizi un nuovo processo per essersi successivamente realizzata la condizione di procedibilità, sarà in questa ipotesi ravvisabile un'eccezione al *ne bis in idem*, il quale, però, al di fuori della detta situazione, contraddistingue pure la sentenza di non doversi procedere per mancanza di una condizione di procedibilità»⁴⁶¹.

7. L'art. 669 c.p.p. quale rimedio di natura repressiva

Sino a questo momento si è cercato di analizzare il tema evidenziando gli strumenti e le regole che l'ordinamento detta per prevenire i conflitti (pratici) di giudicati. Ciò non significa, però, che nella quotidianità, a maggior ragione in un sistema processuale che per molti anni ha permesso il procedersi in contumacia e, solo recentemente, ha superato tale istituto introducendone un altro, l'assenza che, solo apparentemente, presuppone un'effettiva conoscenza del processo da parte

⁴⁵⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1215, per cui «l'ipotesi è che N sia stato prosciolto (non doversi procedere), perché manca una condizione; sopravvenuta la quale, diventa perseguibile. Ovvio che lo sia, considerato l'oggetto deciso: bisognava stabilire se il processo fosse instaurabile. La sentenza lo ha negato e, in tali limiti, preclude un secondo giudizio: sul presupposto, ad esempio, che tale querela allora ritenuta tardiva non lo fosse; o l'ipotetico fatto configuri un reato perseguibile d'ufficio. Ma “non doversi procedere” (diversamente dal “non doversi punire”) è effetto variabile nel tempo, se mutano i dati processuali: ad esempio, mancava l'autorizzazione, poi concessa: l'ostacolo cadrebbe anche se l'ipotesi non fosse prevista dall'art. 345».

⁴⁶⁰ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 78.

⁴⁶¹ G. LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 803.

dell'imputato, quelle regole raggiungano sempre lo scopo. Se in qualche modo vengono eluse perché, ad esempio, l'imputato non ha avuto contezza della sentenza passata in giudicato, ecco che il legislatore ha previsto una norma di chiusura volta a risolvere, *in executivis*, il conflitto di giudicati.

Posto che sarebbe profondamente ingiusto se si pretendesse l'esecuzione di tutte le sentenze, il rimedio logico potrebbe essere quello della «caducazione, *in executivis*, della sentenza divenuta irrevocabile per ultima»⁴⁶², certamente viziata della mancata attivazione del meccanismo di cui all'art. 649 c.p.p.. Il legislatore, però, è andato oltre prevedendo che sia eseguita la sola sentenza più favorevole al (fu) imputato.

Il *leitmotiv* di tutti i commi dell'art. 669 c.p.p. è, in buona sostanza, il *favor rei*.

Così: se il conflitto sorge fra due sentenze di condanna il giudice ordina l'esecuzione di quella meno grave, revocando le altre⁴⁶³, lasciando – comunque – all'interessato la facoltà di “scegliersi” la sentenza da eseguire qualora le relative pene siano diverse; se si tratta di più sentenze di non luogo a procedere o più sentenze di proscioglimento, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza più favorevole, dovendosi avere riguardo, nel silenzio della norma, alla formula assolutoria; se si tratta conflitto di giudicati fra sentenza di condanna e sentenza assolutoria, troverà esecuzione la sentenza di proscioglimento, salvo il caso in cui il proscioglimento sia stato dichiarato per estinzione del reato verificatasi successivamente alla data in cui è divenuta irrevocabile la decisione di condanna⁴⁶⁴; se si tratta di sentenza di non luogo a procedere e di una sentenza pronunciata in giudizio o di un decreto penale di condanna, sarà eseguita la seconda⁴⁶⁵.

⁴⁶² F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 104.

⁴⁶³ L'art. 669, comma 3, stabilisce i criteri in caso di pene diverse «Se si tratta di pena pecuniaria e pena detentiva, si esegue la pena pecuniaria. Se si tratta di pene detentive o pecuniarie di specie diversa, si esegue la pena di minore entità; se le pene sono di uguale entità, si esegue rispettivamente l'arresto o l'ammenda. Se si tratta di pena detentiva o pecuniaria e della sanzione sostitutiva della semidetenzione o della libertà controllata, si esegue, in caso di pena detentiva, la sanzione sostitutiva e, in caso di pena pecuniaria, quest'ultima».

⁴⁶⁴ La *ratio* di tale eccezione appare evidente: evitare che l'imputato tragga benefici dalla duplicazione di procedimenti, “frazionando il rischio” e celando una precedente condanna nella speranza, ad esempio, che la seconda sentenza arrivi quando è spirato il termine di prescrizione.

⁴⁶⁵ In questo caso, la *ratio* deve essere individuata nel giustificato privilegio attribuito alla sentenza suscettibile di un maggior grado di stabilità.

Capitolo quinto. Il *ne bis in idem* interno e *dicta* europei: rilievi conclusivi

SOMMARIO: **1** Il nuovo *ne bis in idem* interno così come rinnovato per le influenze di matrice sovranazionale – **2** Il *casus belli*: la vicenda *Eternit* – **2.1** Il primo processo – **2.2** Il secondo processo e l'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale – **2.3** La sentenza 200/2016: la nozione europea (per la Consulta) di medesimo fatto ed il superamento dell'incompatibilità fra *ne bis in idem* e concorso formale – **2.4** Un passo avanti (concorso formale) ed uno indietro (per la medesimezza del fatto si guarda ancora oltre la mera condotta) – **2.5** Il sistema del codice quale espressione di favore per la contestazione unitaria dei reati in concorso formale; la lealtà processuale del pubblico ministero – **3** Le pronunce preclusive di un secondo giudizio: un sostanziale allineamento fra l'ordinamento italiano ed europeo – **4** L'improcrastinabile esigenza di una lettura onnicomprensiva del *ne bis in idem*: verso una *reductio ad unum* di tutti gli elementi del principio.

1. Il nuovo *ne bis in idem* interno così come rinnovato per le influenze di matrice sovranazionale

Come più volte osservato, i rapporti fra il *ne bis in idem* interno e sovranazionale si caratterizzano per un aspetto paradossale: nelle fonti europee, la formulazione della norma regolatrice permetterebbe una lettura più restrittiva del principio, non potendosi escludere, guardando al dato letterale, un ricorso all'*idem factum*; il testo della norma di cui all'art. 649 c.p.p., invece, sembrerebbe non poter prescindere dall'*idem* legale. Tuttavia, le Corti europee interpretano il principio guardando al fatto nella sua materialità, mentre la giurisprudenza italiana ha sempre interpretato la medesimezza del fatto avendo riguardo alla c.d. triade (condotta, evento, nesso di causalità) in tal modo introducendo elementi normativi per valutare l'identità di fatti materiali⁴⁶⁶.

Nel presente capitolo conclusivo, si proverà a tirare le fila di un rapporto *odi et amo* fra le due anime (italiana ed europea) del *ne bis in idem*, cercando di

⁴⁶⁶ P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 80.

sottolineare i punti nevralgici della disciplina: la nozione di fatto ormai accolta, dopo lunghe resistenze, dal giudice nazionale e la nozione di *bis* che, complessivamente, non stride con la lettura europea.

Si cercherà, quindi, di valutare le cause che recano un potenziale pregiudizio al principio del *ne bis in idem*, guardando non tanto alla soluzione, quanto – piuttosto – alla causa genetica del *vulnus*, nella convinzione che il miglior antidoto per prevenire che una persona venga giudicata due volte per lo stesso fatto consista nella lealtà processuale del pubblico ministero, al quale non può essere concesso di agire per tentativi.

Infine, si porrà l'attenzione sulla necessità di adeguare il principio del *ne bis in idem* ai tempi odierni, ove, fermo il principio di territorialità, non potrà più ammettersi una definizione oltremodo frammentata delle *regula iuris*. È, infatti, diventata improcrastinabile una definizione unitaria, valida per ogni campo di applicazione: nei rapporti fra Stati, nel diritto interno di tutti gli Stati, nel doppio binario sanzionatorio.

2. Il casus belli: la vicenda *Eternit*

La già citata sentenza 200 del 2016⁴⁶⁷ rappresenta, ad oggi, il primo (non risolutivo) passo verso un riallineamento da parte della Corte costituzionale nel senso di un'interpretazione letteralmente corretta dell'art. 649 c.p.p., rispettosa dei *dicta* della Corte Edu nella lettura della nozione di medesimo fatto.

La vicenda *Eternit* rappresenta altresì l'apice di uno scontro fra due forze contrapposte che, in modo più o meno marcato, si affrontano ogniquale volta si parla di *ne bis in idem*: da una parte, l'essenza del diritto sancito dall'art. 649 c.p.p., ossia il divieto di essere sottoposto più di una volta a processo per lo stesso fatto; dall'altra, la giustizia sostanziale, pretesa e, nel caso in esame, agognata, dalle persone offese che utilizzano il processo penale per ottenere tanto il ristoro del

⁴⁶⁷ C. cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Cass. pen.*, 2017, p. 60.

danno, quanto una sorta di ricostruzione storica di vicende che, più o meno intensamente, hanno turbato la loro regolare esistenza.

Occorre però precisare che la giustizia sostanziale, evidentemente, non viene frustrata nel momento in cui si ripete il processo, bensì quando il primo procedimento non raggiunge quell'esito prefissato: quando, cioè, per qualche ragione i colpevoli ottengono l'impunità.

Proprio per tale motivo il rapporto conflittuale fra le due forze appare insanabile perché ogni tentativo di conciliazione, che passa necessariamente per "aggiustare" l'esito del primo processo, si risolve in un'indebita ed inaccettabile compressione del divieto di *bis in idem*.

In tal senso, i due processi (in successione) per le morti da amianto nelle zone del Monferrato appaiono emblematici, posto che la sentenza della Cassazione⁴⁶⁸ ha fatto «cadere una mannaia sulla strategia processuale dell'accusa»⁴⁶⁹, spingendo l'ufficio del pubblico ministero a percorrere una strada diversa per esigenze, appunto, di giustizia sostanziale.

2.1. Il primo processo

Nel 2009 la Procura di Torino chiedeva il rinvio a giudizio per il reato di cui all'art. 434, comma 2, c.p. nei confronti dei due «effettivi responsabili della gestione»⁴⁷⁰ della società Eternit spa, Stephan Schmidheiny e Louis De Cartier De Marchienne (deceduto prima della fine del processo), per aver commesso fatti diretti a cagionare un disastro, dai quali è derivato un pericolo per la pubblica incolumità.

La scelta dei pubblici ministeri piemontesi sorprese, perché decisero di contestare il reato di disastro innominato e non, come avvenuto in analoghi processi per malattie asbesto-correlate celebrati in altre sedi giudiziarie, i delitti di omicidio

⁴⁶⁸ Cass. pen., sez. I, 19 novembre 2014, n. 4971, in *penalecontemporaneo.it*, 24 febbraio 2015, con nota di S. ZIRULIA, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*.

⁴⁶⁹ G.L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 80.

⁴⁷⁰ Così, testualmente, il capo di imputazione.

e/o lesioni colpose. Una simile strategia processuale era stata probabilmente dettata dalla volontà di non affrontare le questioni afferenti l'accertamento del nesso di causalità fra l'inalazione delle fibre di amianto e l'evento morte⁴⁷¹. Tale accertamento storicamente rappresenta il punto più debole, ma soprattutto processualmente oneroso, degli assunti accusatori in detti processi perché accertabile solo empiricamente, ma, allo stato, non ancora "coperto" da una legge scientifica⁴⁷².

In primo e secondo grado, il Tribunale e la Corte di appello avallavano la linea della Procura, condannando l'imputato Schmidheiny a sedici anni in primo grado e a diciotto in secondo, ritenendo che la consumazione del reato di disastro ambientale perdurasse finché viene registrata l'esposizione a pericolo della pubblica incolumità.

Come noto, la Corte di cassazione, tuttavia, anticipava il momento consumativo del reato contestato⁴⁷³, collocandolo nel 1986, data di chiusura degli stabilimenti e, dunque, dell'attività industriale, sicché il quindicennale termine prescrizione maturava ben prima del 2012, data della sentenza di primo grado, con conseguente annullamento non solo della condanna, ma anche delle statuizioni civili⁴⁷⁴. La Suprema Corte si uniformava alla dottrina prevalente per cui il reato cessa al cessare della condotta pericolosa e, dunque, con la chiusura degli impianti⁴⁷⁵.

2.2. Il secondo processo e l'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale

⁴⁷¹ D. LABIANCA, Ne bis in idem. *Una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, p. 6; E. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.* 2015, p. 879.

⁴⁷² M. PAOLI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale: il paradigma di responsabilità adottato nella sentenza Eternit*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1804.

⁴⁷³ I due imputati, in realtà, venivano rinviati a giudizio anche per il reato di cui all'art. 437, comma 2, per aver omesso di predisporre cautele affinché le migliaia di lavoratori, fra le altre cose, non respirassero le fibre di amianto, con l'aggravante che dal fatto derivò un innumerevole quantità di decessi e malattie. Il reato, tuttavia, si prescriveva prima della pronuncia della sentenza di appello.

⁴⁷⁴ L. MASERA, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit. Analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1567.

⁴⁷⁵ M. CATENACCI, *I reati in materia di ambiente*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 458.

I pubblici ministeri torinesi, appena ricevute le motivazioni della Corte di cassazione, depositavano la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dell'imputato proscioltosi dal giudice di legittimità, contestando – questa volta – il delitto di omicidio volontario aggravato di 258 persone fra i lavoratori dei quattro stabilimenti della Eternit spa, familiari “contaminati” dalle polveri di amianto e abitanti delle zone limitrofe.

La difesa dell'imputato eccepiva immediatamente la violazione dell'art. 649 c.p.p., chiedendo in principalità una pronuncia ai sensi dell'art. 425 c.p.p. e, in subordine, di investire la Corte di giustizia della questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 50 CDFUE.

Il GUP di Torino⁴⁷⁶, correttamente rigettata la richiesta in via subordinata⁴⁷⁷, rilevando come la situazione del giudizio *a quo* non rientrasse nell'ambito di applicazione della Carta di Nizza ai sensi dell'art. 51 CDFUE, riteneva, invece, di rimettere gli atti alla Corte costituzionale evidenziando il macroscopico contrasto non tanto fra la lettera delle norme di cui agli artt. 649 c.p.p. e 4, Prot. 7, CEDU, quanto piuttosto fra l'interpretazione offertane dai rispettivi giudici⁴⁷⁸.

Ed invero, come osservato nelle pagine precedenti, non può non essere registrata l'assoluta inconciliabilità fra la lettura giurisprudenziale della Corte di cassazione e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La prima, in aperto contrasto con la pressoché unanime dottrina⁴⁷⁹, ricorre al c.d. *idem* legale, sicché, per operare la preclusione esige che sia necessaria un'identità non solo nella dimensione storico naturalistica, ma altresì in quella

⁴⁷⁶Trib. Torino, ufficio GIP, ord. 24 luglio 2015, in *penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2015, con nota di I. GITTARDI, *Eternit “bis in idem”? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4, Prot. 7 CEDU*; la sentenza è ancora commentata, *ex multis*, da D. LABIANCA, *Ne bis in idem*, cit., p. 1; G. GALANTINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1205; A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in *penalecontemporaneo.it*, 11 gennaio 2016.

⁴⁷⁷ Veniva sul punto richiamata la decisione della Corte di giustizia del 15 maggio 2015 nella causa c-497/14 *Burzio*, sollecitata proprio dal Tribunale di Torino, con cui il giudice europeo declinava la propria competenza posto il reato di omesso versamento delle ritenute d'acconto non inerisce l'ambito applicativo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴⁷⁸ I. GITTARDI, *Eternit “bis in idem”?*, cit.

⁴⁷⁹ A. PAGLIARO, voce *Fatto* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, p. 964; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Jovene, Napoli, 1961, p. 342; F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1201; F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 85; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, p. 872.

giuridica, richiedendo la verifica dell'identità della triade condotta, evento e nesso di causalità; ha da sempre ritenuto che il divieto di un secondo giudizio non operasse nel caso di concorso formale di reati⁴⁸⁰.

La seconda, invece, quantomeno a partire dalla sentenza della Gran Camera nel caso *Zolotukhin v. Russia*⁴⁸¹, ha affermato che la preclusione di cui all'art. 4. Prot. 7, CEDU interviene allorquando il secondo processo abbia ad oggetto fatti che siano identici o sostanzialmente uguali, aderendo, in maniera definitiva e consolidata – posto che l'arresto è stato ribadito a più riprese e, a ben guardare, confermato anche nella controversa sentenza *A. and B. v. Norway* – al criterio dell'*idem factum*, inteso quale identità storico naturalistica, prescindendo, dunque, dalla qualificazione giuridica, *idem legale*. Ciò che conta per la Corte Edu è la condotta: vi è medesimezza del fatto quando le due contestazioni sono ascrivibili alla stessa condotta; rileva «la sostanziale identità dei fatti contestati, avuto riguardo alla inestricabilità nel tempo e nello spazio delle concrete circostanze che

⁴⁸⁰ Il GUP di Torino, con specifico riferimento al rapporto intercorrente fra il delitto di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro e il delitto di omicidio assume che la Cassazione ha «sempre e senza eccezioni» affermato sussistere un concorso formale di reati. «L'assunto muove dalla considerazione che le due previsioni normative considerano distinte situazioni tipiche (la dolosa omissione di misure antinfortunistiche con conseguente disastro, la prima, e la morte non voluta di una o più persone, la seconda), hanno diversa collocazione sistematica all'interno del codice penale perché tutelano beni giuridici differenti (la pubblica incolumità, la prima, e la vita umana, la seconda) e divergono con riferimento all'elemento soggettivo (dolo della condotta quanto al reato previsto dall'art. 437 cp e colpa quanto al reato di omicidio) (Cass. 10048/1993) ovvero, si è detto, presentano differente "schema legale tipico" e diverso "contenuto costitutivo" (Cass. 1648/1983). E poiché il danno alla persona costituisce effetto soltanto eventuale e non essenziale dell'omissione delle cautele di cui all'art. 437 c.p., mentre nel reato di omicidio colposo è elemento essenziale, la morte, sia pure derivante dalla medesima omissione, non può ritenersi assorbita nel reato di cui all'art. 437 c. 2 c.p. (Cass. 1648/1983; Cass. 10048/1993)». La considerazione, peraltro, non cambierebbe segno qualora applicata ad altri settori dell'ordinamento penale.

⁴⁸¹ G. GALANTINI, *Il "fatto"*, cit., p. 1213, osserva che «Pur non ammettendosi espressamente che il *concorso idéal* possa fruire del *ne bis in idem*, alla fine il caso portato alla attenzione della Corte sembra rivestirne i caratteri ai fini del divieto, quanto meno per ciò che concerne il primo gruppo di episodi, relativo agli atti perturbatori minori contestati in via amministrativa e costituiti da insulti e ingiurie proferiti dalla stessa persona in danno di persone diverse, ma nello stesso ufficio di polizia, e perseguiti a diverso titolo sul piano penale. Si tratta infatti di una stessa condotta in violazione di due norme, catalogate secondo qualificazioni differenti, commessa negli stessi tempi e luoghi e su soggetti diversi. Il che sembra non influire sugli esiti interpretativi della Corte che riconduce comunque gli episodi alla *même conduite*, prevalendo il criterio della medesimezza dei fatti che devono essere "in sostanza gli stessi". Se l'approccio può apparire non eclatante laddove l'identità del fatto è fondata sulla concatenazione delle circostanze sul piano locale e temporale – così da porsi in qualche modo apparentemente in linea con parte della giurisprudenza interna – la innovatività sta nel superare la diversità dell'oggetto e, nel contempo, nell'astrarsi dal vincolo della triade condotta-nesso causale-evento».

coinvolgono il medesimo imputato, sottoposto a procedimento penale, quando il primo è già concluso con pronuncia irrevocabile».

L'art. 649 c.p.p., pertanto, secondo il giudice torinese, contrasta con l'art. 4, Prot. 7, CEDU nell'interpretazione consolidata offertane dalla Corte Edu, nella parte in cui il diritto vivente limita l'applicazione del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo fatto giuridico anziché al medesimo fatto storico.

Per contro, l'interpretazione consolidata della norma da parte del giudice di Strasburgo non contrasta con le norme costituzionali, bensì avalla la portata dell'art. 111, comma 2, Cost. in tema di ragionevole durata del processo, posto che un limite alla (ri)contestazione tutela anche «il diritto a non indossare, senza limiti di tempo, la veste di “processato”», nonché funge da garanzia «contro la possibilità che vi sia un “eterno giudicabile”, sottoposto a diversi e successivi processi in relazione a tutte e ciascuna delle diverse prospettive da cui si guardi il medesimo episodio storico».

Per superare il contrasto il GUP ritiene di non poter ricorrere all'interpretazione conforme non perché in contrasto con i principi costituzionali, ma in ragione del fatto che il diritto vivente interpreta la norma in costante difformità sia ai paramenti convenzionali sia (e, verrebbe da dire, conseguentemente) ai parametri costituzionali⁴⁸², di talché la soluzione ermeneutica non può che ricadere sul rinvio alla Corte costituzionale. Come efficacemente osservato, peraltro, si è trattato di una scelta «non solo sostanzialmente corretta, ma anche dichiaratamente strategica, laddove indica, quale ragione di fondo della richiesta di intervento del Giudice delle Leggi, la precisa volontà di non rimanere un precedente isolato e destinato a soccombere alla giurisprudenza granitica della Corte di Cassazione, ma di imporre, al contrario, una svolta definitiva nell'interpretazione del principio»⁴⁸³.

Orbene, il giudice *a quo* non palesa nessun dubbio sull'assunto che applicando il “diritto vivente” i fatti sarebbero diversi e, pertanto, non troverebbe applicazione l'art. 649 c.p.p. Per contro, ricorrendo all'*idem factum* così come interpretato dalla Corte Edu, i fatti sono identici: non solo per una pressoché totale

⁴⁸² A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto*, cit.;

⁴⁸³ I. GITTARDI, *Eternit “bis in idem”?*, cit.

sovrapponibilità di parte dei capi di imputazione dei due processi, ma anche per considerazioni – appunto – fattuali, quali la qualifica personale dell'imputato, il *tempus* ed il *locus commissi delicti*, nonché la circostanza che ben 186 persone offese del primo processo risultino fra le 258 vittime dell'omicidio doloso del secondo.

Per tali motivi, viene rimessa alla Consulta la valutazione sulla tenuta costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico" così come delineato dalla Corte Edu, per violazione dell'art. 117, comma, 1 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

2.3. La sentenza 200/2016: la nozione europea (per la Consulta) di medesimo fatto ed il superamento dell'incompatibilità fra *ne bis in idem* e concorso formale

La sentenza in esame, fra luci e ombre, ha comunque il pregio di aver raggiunto due importanti risultati.

In primis, viene apparentemente abbandonato il ricorso all'*idem* legale e cristallizzata la *regula iuris* per cui ai fini del verificare la medesimezza rilevante ai sensi dell'art. 649 c.p.p. occorre guardare al solo fatto.

In secundis, viene finalmente affermato che la sola circostanza che i due reati contestati in processi diversi siano in rapporto di concorso formale non vale ad escludere la preclusione prevista dall'art. 649 c.p.p.⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XII ed., 2017, p. 825. L'Autore afferma che la tesi da lui sostenuta, ossia la non operatività della preclusione del *ne bis in idem* rispetto al concorso formale, a seguito della sentenza in commento non è più sostenibile. Non mancano, tuttavia, significative critiche alla Corte costituzionale. In primo luogo, per la stessa scelta definitiva che anziché in una dichiarazione di illegittimità si sarebbe potuta risolvere in una sentenza interpretativa di rigetto. Inoltre, aderendo alle note opinioni di Ferrua, l'Autore mette in dubbio lo stesso obbligo di doversi adeguare ad un orientamento consolidato della Corte Edu, in ragione della frizione di tale assunto con l'art. 101 Cost. che sottopone il giudice soltanto alla legge. Infine, vengono evidenziate le assurdità dell'interpretazione della Corte che, di fatto, salva l'evento in senso naturalistico, sicché il testo dell'art. 649 c.p.p. condurrebbe «a risultati di dubbia ragionevolezza, in quanto consente l'instaurazione di un procedimento penale nei confronti di una persona condannata con sentenza irrevocabile per lesioni colpose se l'evento morte conseguente alle lesioni si verifici a distanza di

Entrambi gli assunti, tuttavia, come si avrà modo di osservare, appaiono tutt'altro che assoluti.

Nell'articolata motivazione⁴⁸⁵, la Corte, dopo aver rigettato numerose eccezioni di inammissibilità⁴⁸⁶, affronta nel merito le questioni sollevate dal giudice *a quo*.

Viene anzitutto saggiato il convincimento del GUP torinese sull'interpretazione offerta dalla Corte Edu alla norma convenzionale secondo cui «la medesimezza del fatto deve evincersi considerando la sola condotta dell'agente, assunta nei termini di un movimento corporeo o di un'inerzia».

La Corte, pur convenendo con il remittente sulla definitiva adesione da parte del giudice di Strasburgo all'*idem factum*, dissente nella misura in cui il giudizio comparativo si risolve solo nella valutazione dell'azione o dell'omissione, «trascurando evento e nesso di causalità».

Per giustificare la “sempiterna” ed apparentemente irrinunciabile affidabilità della triade condotta, evento e nesso di causalità, il giudice delle leggi assume che il «fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi».

anni mentre preclude l'esercizio dell'azione penale per calunnia nei confronti di chi per la stessa dichiarazione sia già stato giudicato con sentenza irrevocabile per falsa testimonianza e ciò sulla base di una interpretazione discutibile dell'art. 4 del protocollo sopra citato, il quale neppure parla di “fatto”, bensì di “reato”»

⁴⁸⁵ Primi commenti di G. DI CHIARA, *Ne bis in idem, nozione di idem factum e concorso formale di reati tra ordinamento interno e garanzie CEDU*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1171; S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in *penalecontemporaneo.it*, 24 luglio 2016.

⁴⁸⁶ Sul punto, B. LAVARINI, *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 60, la quale, limitatamente ad un'eccezione di una parte privata che, invocando la versione originale francese del testo dell'art. 4, Prot. 7, CEDU che stabilisce che il *ne bis in idem* scatti allorché l'imputato sia stato *acquitté ou condamné*, chiedeva che la questione fosse dichiarata inammissibile in quanto la sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione non è assimilabile ad una sentenza di assoluzione, critica la motivazione della Corte non tanto per la conclusione, quanto la mancanza di un maggior approfondimento.

Del resto, secondo il giudice *ad quem*, la stessa base su cui è fondato l'assunto del GUP – la giurisprudenza della Corte Edu – è mal interpretata, posto che né la sentenza *Zolotukhin*⁴⁸⁷, né la sentenza *Grande Stevens* «recano l'affermazione che il fatto va assunto, ai fini del divieto di *bis in idem* con esclusivo riferimento all'azione o all'omissione dell'imputato. A tal fine, infatti, non possono venire in conto le decisioni vertenti sulla comparazione di reati di sola condotta, ove è ovvio che l'indagine ha avuto per oggetto quest'ultima soltanto».

La Consulta, quindi, *picks cherries*, citando precedenti della Corte Edu in cui, per stabilire la medesimezza del fatto, si è guardato alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima, giunge alla conclusione che la giurisprudenza europea non offre elementi certi per limitare l'esame alla sola condotta; si palesano, al contrario, «indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale».

Il principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 4, Prot. 7, CEDU, prosegue il giudice delle leggi, appare comunque soggetto a un certo grado di relatività, permettendo la riapertura del processo anche *in malam partem*, ed essendo soggetto a bilanciamento con gli artt. 2 e 3 della Convenzione, sicché il principio del *ne bis in idem* non opera in presenza di episodi particolarmente gravi, quali i crimini contro l'umanità. Per contro, tali limitazioni non trovano cittadinanza nell'ordinamento interno. La Consulta non intende comparare i livelli di tutela offerti da Convenzione e Costituzione (*excusatio non petita*), ma sottolinea che nemmeno l'ordinamento CEDU – a livello sistematico – impone di interpretare il principio del *ne bis in idem* nella maniera più favorevole all'imputato, come preteso dal giudice *a quo* che invoca una lettura del medesimo fatto riferita esclusivamente alla condotta.

La Corte conviene nuovamente con il giudice torinese nella misura in cui un ricorso all'*idem* legale apparirebbe in contrasto non solo con l'art. 117, ma altresì con gli artt. 24 e 111 Cost., posto che tale criterio «appare allora troppo debole per accordarsi con simili premesse costituzionali, perché solo un giudizio obiettivo sulla medesimezza dell'accadimento storico scongiura il rischio che la

⁴⁸⁷ Corte Edu, Grande Camera, *Zolotukhin c. Russia*, sentenza del 10.2.2009, ric. n. 14939/03.

proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, offra l'occasione per iniziative punitive, se non pretestuose, comunque tali da porre perennemente in soggezione l'individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato». Devono dunque essere aborrite le «sempre opinabili considerazioni» sul bene giuridico o sugli interessi tutelati dalle norme, sulla natura giuridica dell'evento e su tutto ciò che mette in pericolo la garanzia del *ne bis in idem*.

Ciò osservato, la Consulta, dissentendo con il giudice *a quo*, non ritiene che il diritto vivente ricorra al criterio dell'*idem* legale, come, certamente, non vi aderisce il consesso più autorevole della Corte di cassazione che nella sentenza Donati⁴⁸⁸ si è espressamente schierata a favore dell'*idem factum*. Il carattere occasionale con cui alcune sezioni semplici hanno corrotto il vaglio della dimensione storico-naturalistica aggiungendovi quello della dimensione giuridica non è in grado di spostare il significato offerto dall'orientamento prevalente e più autorevole.

Conclude, quindi, la Corte che gli elementi indicati dal giudice *a quo* per affermare la diversità fra i fatti di cui ai due procedimenti – la natura di pericolo dei delitti di cui agli artt. 434 e 437 c.p., il bene giuridico tutelato, il differente ruolo del medesimo evento morte – non sono adeguati, mentre, allo stesso tempo «è chiaro che, anche dal punto di vista rigorosamente materiale, la morte di una persona, seppure cagionata da una medesima condotta, dà luogo ad un nuovo evento, e quindi ad un fatto diverso rispetto alla morte di altre persone».

La Corte accoglie, invece, la seconda doglianza del GUP torinese vertente su una sorta di inapplicabilità *ex ante* della garanzia del *ne bis in idem*, qualora il reato per cui è intervenuta sentenza passata in giudicato e il reato da giudicare siano in rapporto di concorso formale.

Orbene, sul piano della politica criminale, nulla osta a che con una medesima azione si violino più disposizioni della legge penale. Se le norme non si pongono in rapporto di specialità (concorso apparente di norme) non vi è nessun dubbio sul fatto che all'imputato vadano contestate tutte le violazioni.

⁴⁸⁸ Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28.

Tale evenienza, peraltro, non palesa nessuna frizione con il principio del *ne bis in idem*, «che si sviluppa invece con absolutezza in una dimensione esclusivamente processuale, e preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo».

Ciononostante, la Corte è costretta a prendere atto dello stato dell'arte per cui il diritto vivente, sulla sola base della sussistenza del rapporto di concorso formale fra il reato già giudicato e quello da giudicare, esoneri il secondo giudice dall'accertare la medesimezza del fatto e, dunque, la presenza di un *bis in idem*.

L'interprete, per verificare in quale forma di rapporto si trovano i reati contestati (concorso formale o apparente), deve necessariamente interrogarsi sul bene giuridico tutelato dalla norma. Se tale operazione appare del tutto legittima al fine appena indicato, tuttavia, parametrata su due processi, uno dei quali definitivo, introduce *oborto collo* apprezzamenti ricollegabile all'*idem* legale e, in quanto tali, aborriti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ciò, chiaramente, non significa – si premura di precisare la Consulta – che ogni qualvolta i due reati siano in rapporto di concorso formale il giudice sia tenuto a declinare la propria giurisdizione: non necessariamente all'unicità della condotta corrisponde la medesimezza del fatto, che andrà quindi valutato alla luce della triade condotta, evento e nesso di causalità.

Infine, la Corte, in modo forse inconsueto, offre la soluzione del caso concreto: «Sulla base della triade condotta – nesso causale – evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico. Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze».

2.4. Un passo avanti (concorso formale) ed uno indietro (per la medesimezza del fatto si guarda ancora oltre la mera condotta)

La sentenza 200/2016 offre plurimi spunti di riflessione.

Appare certamente apprezzabile il fatto che la Consulta abbia finalmente affermato – o, meglio, ribadito – che il criterio per vagliare la medesimezza del fatto deve essere quello riconducibile all'*idem factum*.

L'aver escluso la possibilità di ricorrere alle «opinabili considerazioni» vertenti sulla natura giuridica dell'offesa ovvero sul bene giuridico tutelato costituisce un indubbio riallineamento alla concezione convenzionale e – in certa misura – eurounitaria⁴⁸⁹ della nozione di fatto che certamente contribuisce a limare il perimetro di una definizione onnicomprensiva del *ne bis in idem*.

Non può però tacersi che, per quanto l'interpretazione della Convenzione sia un'attività complessa e sempre aleatoria, soggetta come è a repentine oscillazioni⁴⁹⁰, la lettura offerta dalla Consulta nella sentenza in commento non sia la sola ed unica possibile.

In buona sostanza, la Corte dissente dall'interpretazione della giurisprudenza CEDU data dal giudice *a quo*, colpevole di averne frainteso la portata, in quanto non corrisponderebbe al vero che il fatto “convenzionale” guardi alla sola condotta non preoccupandosi dell'evento.

Orbene, la conclusione della Corte non convince per un duplice ordine di ragioni.

⁴⁸⁹ Come in precedenza osservato (cfr. cap. II, § 2.2), nella dimensione internazionale del *ne bis in idem*, il giudice dell'Unione europea, da oltre due lustri, aborrisce, ai fini della verifica della medesimezza del fatto per l'operatività dell'art. 54 CAAS, ogni richiamo all'interesse giuridico tutelato dalle norme, posto che, in mancanza di un'opera di armonizzazione fra le legislazioni degli Stati membri, la fiducia reciproca impone il superamento di ogni considerazione che fuoriesca dalla dimensione materiale del fatto. Cfr. Corte di giustizia, seconda sezione, sentenza del 6 marzo 2006, causa c-436/04, *Van Esbroeck*.

⁴⁹⁰ P. FERRUA, *La sentenza costituzionale*, cit., p. 88, per cui «Sul piano operativo il preteso carattere vincolante delle interpretazioni della Corte europea si scontra con l'obiettivo di estrarre dalle sue pronunce regole generali, applicabili oltre il caso deciso». L'Autore, peraltro, dubita della stessa vincolatività dei precedenti della Corte Edu. In aperto (e appassionato) scontro, G. UBERTIS, *La “rivoluzione di ottobre” della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 19.

In primo luogo, non può tacersi la singolarità della motivazione laddove sembra quasi scomporre in due parti il precedente *Zolotukhin v. Russia*: orientamento consolidato, se si guarda all'adesione al criterio dell'*idem factum*; non suscettibile di affermare con sicurezza il fatto che debba guardarsi unicamente all'azione o all'omissione e tanto più non dirimente in quanto la valutazione verterebbe sulla comparazione di reati di sola condotta.

In tal senso, mal si comprende il richiamo alle “almeno tre occasioni” in cui il giudice europeo avrebbe attribuito importanza, per stabilire l'unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima: non solo perché, all'evidenza, la Corte costituzionale si comporta proprio come la Corte Edu consiglia di non comportarsi (*cherry picking*)⁴⁹¹, ma anche perché, da un punto di vista logico-argomentativo, si fatica a comprendere per quale motivo il richiamo a tre precedenti dovrebbe avere una portata valoriale superiore ai reati di sola condotta.

Se, inoltre, si considera che il giudice delle leggi da ciò trae “indizi” – non prove – per includere nel giudizio l'oggetto fisico della condotta, mentre “non si può escludere” – espressione dubitativa molto debole – che nel giudizio possa rientrarvi anche l'evento, si deve concludere che, più che retto da rigorosa logica argomentativa, il ragionamento della Corte appare banalmente prodromico alla difesa a spada tratta dell'ospite indesiderato della triade, l'«evento», il cui rapporto con il «grado» evocato dall'art. 649 c.p.p. si fatica a comporre.

Inoltre, non vi è chi non interpreti la nozione di fatto offerta dalla Corte Edu in un'accezione più vicina al giudice del rinvio piuttosto che a quella della Consulta, superando la «diversità di oggetto» ed astraendosi dal vincolo della triade⁴⁹².

Non solo nella giurisprudenza della Corte Edu non si fa mai riferimento alle componenti della triade, «le quali, seppure valutate nella dimensione empirica, restano di matrice normativa, e dunque irrilevanti nella prospettiva sovranazionale»⁴⁹³, ma dalla disamina delle pronunce successive a *Zolotukhin v.*

⁴⁹¹ D. VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2471.

⁴⁹² N. GALANTINI, *Il “fatto”*, cit., p. 1214. *Contra* D. VICOLI, *Il ne bis in idem*, cit., p. 2470.

⁴⁹³ B. LAVARINI, *Il “fatto”*, cit., p. 65.

Russia, non sembrerebbero, infatti, emergere quei dirimenti indizi di orientamento non consolidato che attribuirebbero rilevanza all'evento.

Nel caso *Muslija v. Bosnia and Herzegovina*⁴⁹⁴, la Corte Edu, dichiarando la violazione dell'art. 4, Prot. 7, CEDU, non ha conferito alcun rilievo al fatto che, secondo il diritto nazionale, per la configurabilità della *minor offence*, disciplinata nel *Public Order Act 2000* bosniaco, non fosse necessaria la verifica dell'evento, mentre per il reato di lesioni volontarie disciplinate dal codice penale i danni fisici costituissero elemento necessario. In termini del tutto analoghi la Corte si esprime nel caso *Maresti v. Croatia*⁴⁹⁵, laddove la *minor offence* costituiva un reato di pericolo, turbando l'ordine pubblico e la pace, mentre il reato era un delitto di evento.

Anche nel caso *Tarasov v. Ukraine*⁴⁹⁶, la Corte, appurata la natura penale del fatto, riconosce la violazione del *ne bis in idem* anche se le due violazioni avevano natura giuridica diversa: reato di pericolo e reato di evento.

Un altro elemento che emerge con prepotenza dalla sentenza 200/2016 è che la Corte decide di non comporre il conflitto con la dottrina, che, come detto, fedele al dato testuale, ha da sempre proposto di guardare la sola condotta, al più, nei reati materiali, unita all'oggetto su cui cade⁴⁹⁷. La Consulta rimane ancorata all'identità intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi: il fatto è il medesimo solamente qualora vi sia un'identità storico naturalistica del reato in tutti i suoi elementi (la più volte citata triade, composta da condotta, evento e nesso di causalità, in rapporto alle condizioni di tempo, di luogo e di persona).

Orbene, la frizione è nota: il richiamo alla triade appare in aperto contrasto con l'irrilevanza del titolo, del grado e delle circostanze.

L'abbandono dell'*idem* legale permette di superare, in certa misura, le criticità riconnesse ad una riconsiderazione del titolo, laddove una diversità del grado non determini un mutamento del titolo.

⁴⁹⁴ Corte Edu, quarta sezione, *Muslija c. Bosnia ed Herzegovina*, sentenza del 14.1.2014, ric. n. 32042/11, § 34.

⁴⁹⁵ Corte Edu, prima sezione, *Maresti c. Croazia*, sentenza del 25.6.2009, ric. n. 55759/07, § 63.

⁴⁹⁶ Corte Edu, prima sezione, *Tarasov c. Ucraina*, sentenza del 16.6.2016, ric. n. 44394/05, § 28.

⁴⁹⁷ F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 1201.

Le circostanze, notoriamente, non hanno mai creato particolari problemi⁴⁹⁸.

La Corte, però, ammette espressamente non solo che il fatto debba essere considerato diverso al mutare dell'oggetto materiale su cui cade la condotta, ma altresì nel caso in cui muti l'evento, che è, in tutto e per tutto, riconducibile al grado del reato che si configura quale diversa offensività che accede ad una data condotta⁴⁹⁹, come avviene, ad esempio, nella sequenza percosse, lesioni, omicidio.

La principale critica che è stata correttamente mossa alla sentenza della Corte riguarda la mancata conciliazione tra la teoria della triade (che richiama l'evento) e la chiara lettera della legge che, all'art. 649 c.p.p., sancisce l'irrelevanza del grado⁵⁰⁰. Non fornisce, cioè, i parametri per mezzo dei quali operare questa conciliazione: «sono i grandi assenti della sentenza che li menziona solo in modo fugace e al termine dell'*iter* argomentativo: quasi fossero inutili orpelli. Resta così irrisolta la difficoltà di coniugare una nozione di fatto nella quale rifluisce anche l'evento in senso naturalistico con un'esegesi che non svuoti di forza precettiva il richiamo a titolo e grado»⁵⁰¹.

La Corte, dunque, avalla di fatto quell'indirizzo giurisprudenziale totalmente dimentico dell'irrelevanza del grado per cui è legittima una nuova iniziativa del pubblico ministero per la stessa condotta, qualora l'evento non ancora spiegatosi nel primo processo si verifichi dopo il passaggio in giudicato della prima sentenza⁵⁰².

L'omessa indicazione dei suindicati parametri, del resto, ha comportato l'esatto verificarsi di questa sequenza. Nessuno, infatti, palesava dubbi sul fatto che il processo sarebbe proseguito quantomeno con riferimento ai decessi contestati solo nel secondo processo, posto che, aderendo alla più diffusa dottrina⁵⁰³, cadendo la condotta su oggetti materiali diversi, parimenti diversi devono considerarsi i fatti. Più speranze, tuttavia, potevano coltivarsi sul fatto che la preclusione del *ne bis in idem* operasse almeno per gli eventi morte già giudicati nel primo processo, posto

⁴⁹⁸ A. GIOVENE, *Giudicato*, in *Dig. pen.*, V, Torino, 1991, p. 429.

⁴⁹⁹ R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in L. KALB (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. IV, UTET, Torino, 2009, p. 44.

⁵⁰⁰ P. FERRUA, *La sentenza costituzionale*, cit., p. 83.

⁵⁰¹ D. VICOLI, *Il ne bis in idem*, cit., p. 2476.

⁵⁰² Cass. pen., sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52215, in *CED Cass. pen.*, 2015.

⁵⁰³ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 93; F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 1201.

che, se non nella complessità dell'accertamento dei reati di evento, sia pure in una prospettiva «più evanescente» il nesso di causalità era stato *lato sensu* accertato anche nella vecchia contestazione del reato di pericolo.

Come peraltro paventato da autorevole dottrina, così non è stato⁵⁰⁴. Il giudice per l'udienza preliminare di Torino, infatti, con una sintetica ordinanza⁵⁰⁵, rilevava la diversità dei fatti, avuto riguardo, in particolare, alla non coincidenza dell'evento – elemento costitutivo del reato in un caso, mera aggravante nell'altro – e, soprattutto, del mancato accertamento del nesso causale nel primo processo. I reati, peraltro, venivano derubricati in omicidio colposo con conseguente declaratoria di improcedibilità per intervenuta prescrizione, e, per la maggior parte degli omicidi, il giudice dichiarava la propria incompetenza territoriale, trasmettendo gli atti al pubblico ministero presso il giudice competente⁵⁰⁶.

2.5. Il sistema del codice quale espressione di favore per la contestazione unitaria dei reati in concorso formale; la lealtà processuale del pubblico ministero

In conclusione, si fatica a negare il carattere compromissorio della sentenza della Corte costituzionale che è apprezzabile laddove certifica la fine del dogma dell'inoperatività della preclusione del *ne bis in idem* nel caso in cui i due reati siano in rapporto di concorso formale, ma francamente deludente laddove omette di affrontare le frizioni fra la triade – tutta giurisprudenziale – del fatto e l'irrelevanza – di matrice, invece, legislativa – del grado e del titolo.

Benché il giudice del rinvio non abbia sollevato la questione, sicché ogni statuizione sul punto sarebbe stata *ultra petitem*, sarebbe stato auspicabile – perlomeno in un *obiter dictum* – un vaglio su una questione completamente omessa nella sentenza della Corte Costituzionale, ma che è strettamente connessa con il *ne*

⁵⁰⁴ P. FERRUA, *La sentenza costituzionale*, cit., p. 85.

⁵⁰⁵ GUP, Trib. Torino, ord. 29 novembre 2016, in *giurisprudenzapenale.it*, 16 dicembre 2016.

⁵⁰⁶ GUP, Trib. Torino, sent. 29 novembre 2016, n. 1911, in *giurisprudenzapenale.it*, 16 dicembre 2016.

bis in idem: la diversità del fatto non può essere invocata al solo fine di correggere l'esito del primo processo.

La vicenda *Eternit* si è dovuta misurare con la problematica, molto frequente nei processi per amianto, per cui l'iniziale compendio conoscitivo del pubblico ministero è reso necessariamente parziale dal lungo periodo di latenza delle malattie asbesto-correlate, che varia a seconda di parametri non del tutto chiariti, su cui incide in maniera determinante la suscettibilità individuale del singolo lavoratore. Nel momento in cui il pubblico ministero esercita l'azione penale è ben possibile che alcune conseguenze della condotta, *id est* l'insorgenza della malattia in capo al lavoratore, non si siano ancora verificate.

Ciononostante, appare pacifico, non foss'altro per la banale e drammatica considerazione che nella prima richiesta di rinvio a giudizio del 2009 erano indicati innumerevoli decessi, che l'ufficio della Procura di Torino disponesse già allora di tutti gli elementi per contestare immediatamente, in un unico processo, il concorso formale fra il reato di disastro e diverse ipotesi (non tutte) di omicidio e lesioni.

Come opportunamente osservato, «il principio del *ne bis in idem* non vieta la contestazione simultanea, nello stesso procedimento, di più reati anche in concorso formale fra loro»⁵⁰⁷.

Anzi. Non mancano motivi per cui, in definitiva, non si possa affermare che al pubblico ministero, più che essere permessa, la contestazione onnicomprensiva degli addebiti deve ritenersi imposta da un'interpretazione rispettosa del dettato costituzionale dell'art. 112 Cost., che, oltre a prevedere l'obbligatorietà dell'azione penale nella fase genetica del processo, la coltiva per la sua intera durata, finanche offrendogli la possibilità, sino alla chiusura del dibattimento, di ampliarla (con il limite che non si tratti di fatto nuovo, salvo il consenso dell'imputato) e di modificarla (salvi i diritti di difesa).

Si osserva, sul punto, l'innegabile esistenza di «ottime ragioni politiche e di sistema, oltre all'argomento letterale, per escludere la figura di un processo

⁵⁰⁷ I. GITTARDI, *Eternit* "bis in idem"?, cit., per cui «Proprio l'unicità del fatto naturalistico, anzi, fa sì che l'accusa possa e debba valutare, una volta per tutte al momento della conoscenza del fatto, per quali e quanti reati procedere. L'alternativa sarebbe infatti consentire agli organi inquirenti di giocare una sorta di tiro al piattello con l'imputato, o meglio con le diverse norme in cui può essere sussunto il fatto a lui ascritto, procedendo per tentativi nella speranza di centrare, presto o tardi, una condanna»; adesivamente, B. LAVARINI, *Il "fatto"*, cit., p. 66.

parziale»⁵⁰⁸. In buona sostanza, il codice di rito concede al pubblico ministero termine per allargare il campo dell'imputazione genetica e, in particolare, l'art. 423 c.p.p., nel corso dell'udienza preliminare, e l'art. 517 c.p.p., nel corso dell'istruttoria dibattimentale, gli permettono la contestazione di un reato concorrente ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b).

Gli spazi che il codice del 1988 ha offerto al pubblico ministero nell'ampliare e modificare la contestazione appaiono decisamente più estesi rispetto al codice abrogato, in coerenza con la *voluntas legis* di accentrare il processo nella fase dibattimentale, sede naturale dell'assunzione della prova; di talché, non deve scandalizzare il fatto che nel corso della stessa il pubblico ministero, a seguito di *nova* emersi durante l'istruttoria, possa – o meglio – debba integrare l'imputazione.

La logica conseguenza di tale stato di cose dovrebbe essere che se il pubblico ministero non ha vagliato la possibilità – *id est*, l'obbligo – di contestare il reato in concorso formale, non solo al momento dell'esercizio dell'azione penale, ma nemmeno durante l'udienza preliminare ed il dibattimento, il potere deve considerarsi esaurito con il termine dell'attività di assunzione delle prove⁵⁰⁹.

Non vi è motivo, tra l'altro, per ritenere di limitare l'obbligo per il pubblico ministero alla contestazione delle circostanze aggravanti⁵¹⁰ e non anche del reato connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b), non foss'altro perché la latitudine dell'obbligatorietà dell'azione penale non si arresta con il suo formale esercizio, dovendosi essa intendere estesa altresì a momenti successivi, quali il dibattimento e l'appello⁵¹¹.

⁵⁰⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1069.

⁵⁰⁹ T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 129.

⁵¹⁰ F. LA MARCA, R. SANLORENZO, *Contestazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino 1992, p. 520, per cui «Quanto alle circostanze aggravanti, nulla è cambiato rispetto al vecchio sistema. Il pubblico ministero è praticamente costretto alla contestazione suppletiva e, poiché egli non vi può ricorrere in appello, è evidente che, atteso il divieto del *bis in idem*, l'aggravante non potrà essere oggetto di nuova contestazione, sicché l'unica via praticabile è appunto quella dettata dall'articolo in esame», mentre tale obbligo non vi sarebbe nel caso del reato in concorso formale.

⁵¹¹ G. LEONE, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 858, per cui nel concetto di azione penale trovano cittadinanza l'inizio – che «corrisponde all'atto col quale l'organo a cui è attribuito il diritto di azione penale (pubblico ministero) manifesta la volontà di chiedere una decisione su un determinato fatto portato a sua conoscenza» – e l'esercizio che «corrisponde quell'atto o quel complesso di atti compiuti dal p.m. in derivazione o in correlazione con l'atto promotore dell'azione penale: gli atti di esercizio dell'azione penale sono denominati anche atti di prosecuzione dell'azione penale. L'azione penale, pertanto, vista come attività o complesso di attività, percorre una strada che coincide con quella percorsa dal rapporto processuale e si conclude con la sentenza irrevocabile. La cosa giudicata – la sentenza cioè irrevocabile – si porge come causa

È appena in caso di osservare, peraltro, che la contestazione suppletiva dovrebbe essere limitata all'addebito di quei reati in concorso formale dei quali il pubblico ministero ha avuto conoscenza durante il corso del processo, poiché estendere la contestazione a reati già desumibili dagli atti di indagini, non contestati, configurerebbe una sorta di intollerabile abuso del processo⁵¹².

Un ulteriore indizio in grado di esprimere l'avversità del sistema del codice di rito per la frammentazione della contestazione può essere individuato nell'istituto della retrodatazione delle ordinanze cautelari in tema di contestazioni a catena. Si tratta, come noto, di patologiche prassi utili al pubblico ministero per spostare in avanti il tempo di decorrenza della misura cautelare, ricorrendo all'espedito di contestare i fatti da attribuire all'indagato, anziché unitariamente, in maniera frazionata⁵¹³. L'art. 297, comma 3, c.p.p. prevede che in caso di emissione di più ordinanze cautelare nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto «benché diversamente circostanziato o qualificato, ovvero per fatti diversi commessi anteriormente alla emissione della prima ordinanza in relazione ai quali sussiste connessione ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lettere b) e c), limitatamente ai casi di reati commessi per eseguire gli altri, i termini decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima ordinanza e sono commisurati all'imputazione più grave». Sebbene non possa essere revocato in dubbio che la *ratio* primaria della norma debba essere indentificata nell'esigenza di evitare che una fittizia frammentazione della contestazione abbia l'effetto di eludere la portata dell'art. 13, comma 5, Cost. in tema di durata massima della carcerazione preventiva⁵¹⁴, non può non rilevarsi che, proprio perché l'art. 297 c.p.p. reagisce ad una prassi patologica, le probabilità di tale *vulnus* tendono necessariamente a scemare nei casi in cui la contestazione venga mantenuta unitaria.

La conclusione, del resto, appare coerente non solo con il principio di obbligatorietà dell'azione penale che, peraltro, contempla anche la sua non

(ed unica causa) di estinzione dell'azione penale»; V. GREVI, *Appello del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1414;

⁵¹² G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (seconda parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 644.

⁵¹³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XVII ed., Giuffrè Milano, 2017, p. 475.

⁵¹⁴ C. CONTI, *Le contestazioni a catena nell'applicazione della custodia cautelare: dalla repressione di un abuso ad un automatismo indifferenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1301.

reiterabilità, ma altresì con l'art. 111 Cost. laddove impone la ragionevole durata del processo⁵¹⁵ e garantisce il diritto dell'accusato ad essere informato dell'accusa a suo carico nel più breve tempo possibile⁵¹⁶.

Anche senza voler considerare la ragionevole durata del processo quale diritto soggettivo, si fatica a non vedere in essa un sintomo coerente con un principio sistematico⁵¹⁷ connesso con l'obbligo del pubblico ministero di addebitare immediatamente tutti i fatti all'imputato, solo in tal modo davvero in grado di difendersi nel processo e non dal processo.

Solo una contestazione unitaria dei reati in concorso formale, dunque, permette di raggiungere tutta una serie di finalità che appaiono direttamente o indirettamente rispettose dei principi costituzionali.

Deve, inoltre, precisarsi che una simile conclusione non contrasta con il *favor separationis* a cui è ispirato il codice di rito⁵¹⁸, posto che la decisione sulla separazione, così come sulla riunione, è prerogativa del giudice e non del pubblico ministero e trova cittadinanza nel processo e non nel procedimento.

Non si tratta, quindi, di sindacare delle ragioni sottese agli istituti di cui agli art. 17 e 18 c.p.p., i quali, infatti, operano su un piano diverso e non si occupano delle scelte del pubblico ministero all'atto di esercitare l'azione penale, quanto, piuttosto, dell'opportunità di riunire due processi che, più o meno direttamente,

⁵¹⁵ È nota la discussione sulla portata del principio di ragionevole durata del processo, fra chi non dubita della natura di diritto soggettivo e chi, invece, ne evoca la natura oggettiva in termini di monito al legislatore. Fra i primi E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo*, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 797; fra i secondi V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 436; P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 2017, p. 109; R. KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in R. KOSTORIS (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 3. Fuori dalla polemica, G. UBERTIS, *Azione penale, contraddittorio e ragionevole durata del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 131.

⁵¹⁶ Tale esigenza, per vero, gode di una diversa tutela, posto che l'istituto *ad hoc* è quella dell'informazione di garanzia di cui all'art. 369 bis c.p.p.; G. INZERILLO, *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Utet, Torino, 2005, p. 733.

⁵¹⁷ R. ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Quest. giust.*, 2011, fasc. 5, p. 3. L'Autore, peraltro, proprio in ragione della natura oggettiva della ragionevole durata del processo, non sembra legare tale principio alla preclusione.

⁵¹⁸ L. MARAFIOTI, *Nuovo processo e favor separationis*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale. Atti del convegno – Perugia 14 – 15 aprile 1998*, Cedam, Padova, 1998, p. 212.

abbiano lo stesso oggetto ovvero dell'obbligo di separarli nel caso in cui vi siano specifiche ragioni di celerità ed efficienza.

Come noto, la separazione dei processi si configura quale atto tendenzialmente dovuto mentre nel disporre la riunione il giudice sembrerebbe godere di più ampi margini di facoltatività⁵¹⁹. L'art. 18 c.p.p., del resto, utilizza l'espressione «è», mentre l'art. 17 c.p.p. ricorre al verbo «può»⁵²⁰.

Si parla di *favor separationis* e non di obbligo di processo frazionato anche in ragione del fatto che l'art. 18 c.p.p., nelle tassative ipotesi in cui il giudice deve disporre la separazione, subordina l'operatività dell'istituto alla condizione che la riunione non sia «assolutamente necessaria all'accertamento dei fatti».

Se tale è la condizione, ben difficilmente potrà sostenersi che una trattazione unitaria non sia indispensabile nel caso in cui con la medesima azione od omissione si commettano più reati, di talché il *favor separationis*, salvo ipotesi eccezionali, dovrebbe ritenersi escluso nei casi in cui i reati siano in rapporto di concorso formale, come, del resto, parrebbe confermato dal già ricordato l'art. 517 c.p.p., il cui testo, utilizzando l'espressione «contesta», non sembrerebbe lasciare spazi di discrezionalità al pubblico ministero.

Come si anticipava, la separazione gode di una latitudine solo processuale; il baricentro del problema, dunque, deve essere spostato alla fase procedimentale, all'esito della quale il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 130 disp. att. c.p.p., nel caso in cui gli atti di indagine riguardino più persone o più imputazioni, «forma il fascicolo previsto dall'articolo 416, comma 2, del codice, inserendovi gli atti ivi indicati per la parte che si riferisce alle persone o alle imputazioni per cui viene esercitata l'azione penale».

⁵¹⁹ A. MACCHIA, Sub Art. 18, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, diretta da G. LATTANZI, E. LUPO, 2012, I, p. 187.

⁵²⁰ G. SPANGHER, *Soggetti*, in G. CONSO, V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1996, p. 19, il quale osserva che l'utilizzo del verbo «potere» non deve far ritenere che al giudice sia attribuita «un'ulteriore e immotivata facoltà di scelta rispetto alla valutazione di assenza di pregiudizio per i processi pendenti. Una volta compiuta positivamente tale valutazione, il giudice “deve” provvedere alla riunione dei processi non esistendo più alcun motivo giuridicamente rilevante per sacrificare tutte le altre non trascurabili esigenze che si riconnettono ad una trattazione unitaria dei vari processi e che costituiscono, in particolare, il motivo stesso della previsione legale». La giurisprudenza, tuttavia, riconosce la natura della riunione quale provvedimento meramente discrezionale; *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2014, n. 27958, in *CED Cass. pen.*, 2005.

L'art. 130 disp. att. c.p.p. è, dunque, espressione del *favor separationis* nella fase delle indagini preliminari, differenziandosi dall'art. 18 c.p.p. nella misura in cui la scelta di procedere ad una richiesta frazionata è rimessa all'insindacabile autonomia e discrezionalità del pubblico ministero⁵²¹.

Proprio tale libertà conferita al pubblico ministero, non soggetto ad alcun vincolo espresso nella scelta su “cosa” e “chi” portare a giudizio⁵²², in mancanza di una sanzione processuale ovvero di una più dettagliata disciplina normativa, cela non indifferenti rischi di abuso del processo, rischi che possono scongiurarsi con il solo auspicio che la condotta dell'accusatore appaia improntata alla più ampia lealtà processuale⁵²³.

Occorre, però, precisare che non si può ritenere assoluta⁵²⁴ la discrezionalità riconosciuta al pubblico ministero nella scelta su “che cosa” richiedere il rinvio a giudizio, posto che, a ben vedere, l'accusatore non ha la facoltà, bensì l'obbligo di richiedere il rinvio a giudizio, nei termini di legge, per tutte le ipotesi criminose di cui disponga di elementi per sostenere l'accusa in giudizio.

L'abuso del processo da parte del pubblico accusatore si configura allorquando l'art. 130 disp. att. c.p.p. venga “sfruttato” non per lo scopo ad esso sotteso, ma per una «finalità diversa da quella alla quale è funzionalmente orientato»⁵²⁵: non quindi per rispettare i termini delle indagini preliminari, per timore che scada un termine di custodia cautelare ovvero per scongiurare un c.d. maxi-processo, quanto piuttosto per raggiungere un risultato “utile” frazionando il rischio di un esito infausto.

Da ultimo, si osserva che perseguire separatamente i reati in rapporto di concorso formale, appurato che i fatti siano effettivamente diversi, aumenta a dismisura i rischi di contrasto logico fra giudicati laddove gli esiti dei diversi

⁵²¹ A. MACCHIA, Sub Art. 18, cit., p. 188.

⁵²² P.P. RIVELLO, Sub Art. 130, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare*, Utet, Torino, 1992, p. 503.

⁵²³ G. SALVI, *Abuso del processo e deontologia dei soggetti processuali. In particolare del giudice e del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4094.

⁵²⁴ G. SPANGHER, *Abuso del processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IX, Giuffrè, 2016, p. 3, il quale precisa che «L'abuso può prospettarsi in relazione alle attività discrezionali, a condizione che non si tratti di una discrezionalità assoluta, cioè, deve trattarsi della possibilità di scegliere se compiere o non compiere l'atto ed eventualmente anche quando e come compierlo».

⁵²⁵ G. SPANGHER, *Abuso del processo*, cit., p. 1.

processi siano, *ex post*, inconciliabili, con un antieconomico ricorso all'attivazione della revisione che, in quanto rimedio straordinario, dovrebbe trovare un'applicazione centellinata.

L'addebito immediato di tutti i fatti costituenti reato appare, in definitiva, la soluzione più efficace per prevenire il doppio processo per il medesimo fatto.

Non può peraltro non ricordarsi che tale era l'intenzione del legislatore laddove, in sede di lavori preparatori del codice Rocco, sulla decisione di confermare o superare l'irrilevanza del titolo, del grado e delle circostanze, il Guardasigilli esprimeva un netto favore per offrire al giudice un quadro complessivo tanto più completo possibile ed immediato: «[H]o quindi creduto opportuno di conservare il divieto di un nuovo procedimento, anche se il fatto-base, oggetto del giudizio, possa essere diversamente definito per il titolo, per il grado o per le circostanze, a cagione di elementi *già esistenti*, ma ignorati, nel momento del giudizio stesso, o *sopravvenuti* dopo la che la sentenza divenne irrevocabile. La preveggenza del p.m. e del giudice, del resto, valutando le circostanze dei singoli casi concreti, e regolando convenientemente l'andamento del processo, saprà far sì, il più delle volte, che tutti gli effetti del reato, penalmente importanti, vengano sottoposti al giudizio»⁵²⁶.

3. Le pronunce preclusive di un secondo giudizio: un sostanziale allineamento fra ordinamento italiano ed europeo

Nelle pagine precedenti è stato analizzato il requisito della definitività della sentenza che, sia per l'ordinamento italiano, sia per quello sovranazionale, costituisce *conditio sine qua non* ai fini dell'operatività del principio del *ne bis in idem*.

Sul versante eurounitario, la sentenza si considera definitiva allorquando è stato effettuato un accertamento nel merito, indipendentemente dal fatto che il provvedimento sia considerato per il diritto interno una vera e propria "sentenza",

⁵²⁶ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, UTET, Torino, 1956, Vol. IV, p. 457.

emessa da un giudice. La Corte di giustizia, infatti, ha ripetutamente affermato che ciò che rileva, ai fini dello spiegamento degli effetti preclusivi, è che la decisione contenga un accertamento circa la responsabilità dell'imputato⁵²⁷ e che venga emessa da un'autorità alla quale la legge dello Stato abbia conferito la legittimazione ad emetterla⁵²⁸.

Ciononostante, la vicenda si complica se si considera che il giudice del Lussemburgo, quantomeno sino ad oggi⁵²⁹, ritiene vigenti e legittime le condizioni di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS, non avendo raggiunto l'integrazione europea un livello tale per cui gli strumenti di cooperazione garantiscano dal rischio di impunità.

La vigenza delle suddette condizioni di esecuzione, tuttavia, non significa che per la Corte di giustizia mutino i parametri per mezzo dei quali stabilire la definitività di un provvedimento, posto che, *ça va sans dire*, irrevocabilità ed esecuzione sono due concetti all'evidenza diversi: la prima si identifica con l'immutabilità, salvo i ricorsi straordinari, dell'ordine contenuto in sentenza; la seconda inerisce l'adempimento del comando contenuto nell'ordine del giudice.

La Corte Edu, certo meno impegnata del giudice dell'Unione europea a vagliare la definitività delle sentenze perché non giudica del *ne bis in idem* internazionale, non pare aver smentito la portata del *Rapport explicatif* per cui la decisione si considera definitiva «si elle est, selon l'expression consacrée, passée en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu'elle est irrévocable, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ou que les parties ont épuisé ces voies ou laissé passer les délais sans les exercer»⁵³⁰.

Peraltro, non si sono registrate significative resistenze nell'applicazione di codesta regola generale anche nei casi in cui il giudice di Strasburgo ha dovuto vagliare la definitività non già di una sentenza emessa dall'autorità giudiziaria

⁵²⁷ Corte di Giustizia, quinta sezione, sentenza del 10 marzo 2005, causa c-469/03, *Miraglia*.

⁵²⁸ Corte di Giustizia, sentenza dell'11 febbraio 2003, cause riunite c-187/01, *Gözütok*, e c-385/01, *Brügge*.

⁵²⁹ Grande Camera, sentenza del 27 maggio 2014, causa c-129/14, *Spasic*. La Corte, infatti, con la citata pronuncia, ha confermato la vigenza delle condizioni di esecuzione, sul rilievo che la mancanza di cogenza degli strumenti non è in grado di assicurare un elevato livello di sicurezza ed evitare situazioni di sostanziale impunità.

⁵³⁰ *Rapport explicatif relatif au projet de Protocole n. 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 1372.

penale, bensì un provvedimento sanzionatorio, sostanzialmente penale ma formalmente amministrativo, emesso da un soggetto estraneo al circuito penale tradizionale.

Sul fronte interno, come in precedenza osservato, chiaramente non si pongono questioni, per espressa previsione legislativa, sulla preclusività delle sentenze e dei decreti penali di condanna, così come per le sentenze emesse a seguito di giudizio abbreviato o patteggiamento; il dibattito si è animato, invece, sull'appartenenza al novero del *ne bis in idem* della sentenza di non luogo a procedere e del provvedimento di archiviazione, ambedue insuscettibili di divenire irrevocabili a causa degli istituti della revoca e della riapertura delle indagini preliminari.

Su questi elementi, dunque, può essere sviluppata un'analisi comparativa, nella misura in cui i provvedimenti conclusivi del processo o del procedimento hanno efficacia preclusiva sia per l'ordinamento europeo che per quello nazionale.

Circa l'efficacia preclusiva della sentenza di non doversi procedere, ad eccezione di isolate voci dissenzienti⁵³¹ e benché la Corte costituzionale ne neghi l'assimilazione al *ne bis in idem*⁵³², non vi sono ragioni per dubitare dell'efficacia preclusiva ad un secondo giudizio della sentenza di cui all'art. 425 c.p.p. e tali non possono essere i casi di revoca, posto che l'art. 434 c.p.p. prevede una semplice eccezione, ben lungi, quindi, dal tradire la regola⁵³³.

In merito all'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione, abbiamo sostenuto⁵³⁴ come occorra distinguere i casi in cui la stessa venga dichiarata con decreto da quelli in cui venga dichiarata con ordinanza, sempre, in entrambe le ipotesi, in assenza di una formale riapertura delle indagini. Nel primo caso, il provvedimento *de plano* esclude la possibilità di eccepirne la preclusività ad un secondo giudizio; nell'altro, invece, l'instaurazione di una forma di contraddittorio, implicando uno *ius dicere*, consente di affermarne l'efficacia preclusiva.

⁵³¹ E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, in M.G. AIMONETTO (coord. da), *Le impugnazioni*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Utet, Torino 2005, pp. 605-606.

⁵³² C. cost., 26 giugno 1997, n. 206, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3277.

⁵³³ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura*, cit., p. 81.

⁵³⁴ Cfr. cap. IV, § 5.3.

Orbene, la soluzione proposta si allinea con quanto affermato dalla Corte di giustizia che, sebbene non arrivi ad affermare espressamente la preclusività del provvedimento di archiviazione, ritiene, ricorrendo ad un approccio nettamente più sostanzialista, che ciò che rileva non è tanto la forma dell'atto del giudice, quanto – piuttosto – il contenuto: un secondo giudizio, dunque, sarà vietato solo se il provvedimento di chiusura del procedimento – assuma esso le forme della sentenza di non doversi procedere ovvero dell'archiviazione – contenga un accertamento nel merito.

Ciò osservato, occorre però interrogarsi sulla portata valoriale di tale assunto, ossia, in altri termini, sulla rilevanza di un simile confronto.

Come in precedenza osservato, la Corte di giustizia, ad oggi, non ha ancora decretato un'estensione dell'art. 50 CDFUE in grado di superare le limitazioni (riserve e condizioni di esecuzione) dell'art. 54 CAAS. Sicché, allo stato attuale, non può ancora parlarsi di una concezione unitaria del *ne bis in idem* nell'ambito dell'Unione europea, posto che, rinunciando alla propria giurisdizione, l'art. 54 CAAS mira a tutelare la persona già condannata in uno Stato membro garantendone il diritto alla libera circolazione, mentre l'art. 50 CDFUE sottende *rationes* più estese.

Tale esigenza di tutelare la libera circolazione, almeno in questi termini, non è avvertita all'interno dell'ordinamento nazionale, ove – evidentemente – il *ne bis in idem* si “riduce” alla necessità di sottrarre, una volta che la sentenza sia definitiva, il singolo dal giogo statale.

Il quesito, dunque, è in che misura i *dicta* della Corte di giustizia – per lo più espressasi sul *ne bis in idem* internazionale – in punto efficacia preclusiva del provvedimento che inibisce una seconda azione penale per lo stesso fatto possano influenzare il giudice nazionale nell'applicazione del diritto al *ne bis in idem* interno.

Considerato il fatto che il giudice europeo non ha ancora raggiunto una definizione unitaria del principio, la risposta sembrerebbe scontata⁵³⁵.

⁵³⁵ Come in precedenza osservato al cap. II, §§ 3.1 e 3.2, la Corte di giustizia, nelle sentenze *Spasic* e *Kossowski* ha affermato che le riserve e le condizioni di esecuzione previste nella CAAS sono ancora pienamente operative.

Per quanto negli ultimi anni il principio del *ne bis in idem* abbia senza dubbio occupato un ruolo da protagonista nell'opera ermeneutica tanto della Corte di giustizia quanto della Corte Edu, allo stato attuale, come si è sostenuto nel primo capitolo della presente trattazione, è possibile offrire una definizione onnicomprensiva, in grado di abbracciarne tutte le "anime", solo nella misura in cui si mantenga un elevato grado di approssimazione, posto che, sino ad oggi, vuoi per il fallimento delle trattative di adesione dell'Unione alla CEDU, vuoi per le rilevanti sacche di resistenza da parte degli Stati europei, non si è ancora raggiunta quell'uniformità in grado di orientare i numerosi giudici europei.

4. L'improcrastinabile esigenza di una lettura onnicomprensiva del *ne bis in idem* processuale: verso una *reductio ad unum* di tutti gli elementi del principio

Nelle pagine precedenti si è tentato di offrire una disamina del principio del *ne bis in idem* valutando, nella dimensione interna e sovranazionale, la portata di tutti gli elementi della *regula iuris* processuale, che tende a garantire il singolo da una reintroduzione dello Stato nella sfera della sua libertà personale.

Non vi è nessun dubbio sul fatto che, rispetto al secolo scorso, la garanzia del *ne bis in idem* abbia trovato maggior riconoscimento sia a livello nazionale che sovranazionale.

Nell'ordinamento interno, a partire dal 2005, infatti, con la più volte citata sentenza Donati, si è finalmente cristallizzata la figura di un principio che, sebbene formalmente privo di copertura costituzionale, assurge al principio generale dell'ordinamento.

A fronte di tale approdo, tuttavia, permane, a nostro avviso, una tendenziale elusione, da parte – soprattutto – del giudice della nomofilachia, del dato positivo offerto dall'art. 649 c.p.p. laddove è sancita l'irrelevanza del titolo, del grado e delle circostanze. La Corte costituzionale, recentemente intervenuta sul punto con la sentenza 200/2016, non ha avuto la forza o la volontà di superare, oltre all'inconciliabilità *ex ante* fra *ne bis in idem* e concorso formale, anche la scomposizione del fatto nella triade condotta, evento e nesso di causalità, che non

può essere ritenuta compatibile tanto con l'interpretazione dell'*idem* offerta dalla Corte europea, quanto con l'art. 649 c.p.p.

Nell'applicazione del *ne bis in idem* internazionale, a fronte di pur poche aperture da parte dei giudici di merito⁵³⁶, resta particolarmente rigida la rigorosa applicazione dell'art. 11 c.p. che, come noto, nega il riconoscimento del giudicato estero.

Si sono registrate significative aperture sul fronte del *ne bis in idem* nel doppio binario sanzionatorio da parte dei giudici di merito che, tuttavia, non hanno superato la prova davanti alla Corte di cassazione.

Più soddisfacente il paragone laddove si guardi allo *status* dei provvedimenti in grado di inibire un secondo giudizio, posto che la giurisprudenza interna, riconoscendo l'efficacia preclusiva non solo delle sentenze e dei decreti penali, ma anche del provvedimento di archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere, parrebbe – forse inconsapevolmente – aver aderito alla filosofia sostanzialista propria delle Corti europee.

Nell'ordinamento europeo, per contro, non si registrano frizioni per quanto concerne la nozione di *idem*. Entrambe le Corti, infatti, pur invocando ragioni diverse, aderiscono ad un orientamento materiale, negando rilevanza alla qualificazione giuridica.

Il ripudio da parte della Corte Edu all'*idem* legale, peraltro in precedenza ritenuto valido ed in certa misura suffragato dal dato testuale, si giustifica per ragioni connesse all'effettività della garanzia del *ne bis in idem*. Solo il riferimento al fatto, piuttosto che alla sua qualificazione giuridica, permette alla Convenzione di rendere i suoi diritti *practical and effective*⁵³⁷, anche in ragione dell'esigenza propria di tutte le norme convenzionali di raggiungere lo scopo prefissato.

Traspare, in certa misura, altresì la necessità che le disposizioni CEDU, oltre a rispettare il principio di effettività, siano intellegibili per i destinatari, sicché diventa giocoforza necessario ricorrere a canoni ermeneutici oggettivamente interpretabili, quali appunto l'identità dei fatti o l'essere i fatti sostanzialmente gli

⁵³⁶ N. GALANTINI, *Commento alla soluzione di un caso di litispendenza internazionale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3359.

⁵³⁷ Corte Edu, Grande Camera, *Zolotukhin c. Russia*, sentenza del 10.2.2009, ric. n. 14939/03, § 80.

stessi, posto che il ricorso alla qualificazione giuridica passa – inevitabilmente – per lo scrutinio soggettivo dell'interprete.

Ancora più marcata appare l'adesione al criterio dell'*idem factum* da parte della Corte di giustizia. A partire dalla sentenza *Van Esbroeck* il giudice europeo ha inteso rigettare il ricorso all'*idem* legale, oltre che per la banale considerazione che una tale interpretazione sarebbe stata in contrasto con il dato letterale della norma di cui all'art. 54 CAAS che, appunto, si esprime in termini «fatto», anche perché la soluzione scelta sarebbe stata l'unica in grado di assicurare la riuscita del sistema Schengen, come noto, improntato alla fiducia reciproca, che impone agli Stati di tollerare che l'applicazione di una norma estera possa portare a risultati radicalmente diversi da quelli che deriverebbero nel caso in cui fosse applicato il diritto nazionale.

Il ricorso all'*idem factum* ha trovato definitiva cittadinanza nel *considerando* 54 del regolamento istitutivo della Procura europea⁵³⁸, cristallizzando in un testo legislativo la ultradecennale interpretazione del principio del *ne bis in idem* offerta dalla Corte di giustizia, che «adotta come criterio pertinente l'identità dei fatti materiali (o fatti sostanzialmente identici), intesa come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nel tempo e nello spazio».

Sembrerebbe sulla via del tramonto, per contro, l'età dell'oro del contrasto al *ne bis in idem* nel doppio binario sanzionatorio, dato che l'introduzione del criterio della connessione sufficientemente stretta sostanziale e temporale, ad opera della sentenza *A. and B. v. Norway* – in ragione soprattutto della sua evanescenza – parrebbe creare un divario tra gli approdi raggiunti dalle due Corti. L'auspicio, già espresso⁵³⁹, è che la Corte di giustizia, nelle tre cause pendenti che saranno decise nei prossimi mesi, voglia aderire alla proposta dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona il quale, nelle conclusioni presentate il 12 settembre 2017, sconsiglia il giudice di Lussemburgo dal seguire la Corte Edu sino all'ultimo

⁵³⁸ Cfr. Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»). Il *considerando* 54, nel regolare la possibilità che l'opera investigativa dell'istituenda Procura europea debba estendersi a «reati indissolubilmente connessi» per i quali l'Unione non sarebbe competente ad indagare, impone il rispetto del principio del *ne bis in idem*.

⁵³⁹ Cfr. cap. III, § 4.1.

approdo (appunto *A. and B. v. Norway*), ricorrendo ad un'interpretazione corretta dell'art. 52, § 3, CDFUE, laddove permette alla Carta di riconoscere ai diritti in essa sanciti, corrispondenti alla CEDU, una tutela più estesa di quella garantita a livello convenzionale.

Non può negarsi, poi, nell'ambito eurounitario, che la presenza di una forza centrifuga composta dall'elevazione del principio del *ne bis in idem* a diritto fondamentale nella Carta di Nizza e dall'obbligo di tutela degli interessi finanziari dell'Unione con l'obbligo imposto agli Stati membri, previsto dall'art. 325 TFUE, di attuare misure che siano dissuasive delle frodi in grado di ledere i suddetti interessi, generi un'antinomia concettuale fra queste due esigenze, aprendo la strada a terreni di sovraesposizione sanzionatoria.

Da quanto osservato, emerge un quadro assai diversificato che mantiene un dignitoso grado di coerenza non certo per la produzione normativa del legislatore europeo⁵⁴⁰ il quale, a ben vedere, nell'ultimo decennio si è limitato a emanare una decisione quadro⁵⁴¹. Tale testo legislativo, peraltro, non arriva a prevedere «la preminenza di una giurisdizione specifica o stringenti criteri per una prosecuzione centralizzata»⁵⁴², ma si limita ad imporre obblighi – la cui violazione non è sanzionata – di scambio di informazioni.

Il peso di mantenere a livelli accettabili la garanzia in parola è stato caricato sull'attività curiale che, tramite l'interpretazione delle nozioni di *bis* e di *idem* ed arrogandosi il diritto di stabilire quando si è in presenza di una sanzione penale, ha di fatto resistito alle opposte pressioni degli Stati.

La frammentarietà del quadro di tutela al *ne bis in idem* appare ulteriormente amplificata dalla «presenza di un apparato multiforme di principi del *ne bis in*

⁵⁴⁰ Degno di menzione appare un tentativo della Repubblica ellenica che nel 2003 sottopose al Consiglio dell'Unione europea una proposta di decisione quadro (Iniziativa della Repubblica Ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «ne bis in idem», 2003/C100/12), volta a ridefinire complessivamente i tratti salienti del principio del *ne bis in idem*, pervenendo ad uno statuto del diritto in oggetto in radicale disaccordo con quello elaborato dalla Corte di giustizia. La diversità di posizione degli Stati membri non permise di arrivare ad un accordo. Sul punto, T. RAFARACI, *Ne bis in idem. Conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 635.

⁵⁴¹ Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali

⁵⁴² J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 51.

idem»⁵⁴³, non potendosi negare che la *regula iuris* mantiene comunque una diversa latitudine a seconda del campo di applicazione: l'art. 54 CAAS, per quanto riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nell'ottica della libera circolazione, dove la Corte di giustizia non ha ancora messo la parola fine alla vigenza delle riserve e delle condizioni di esecuzione; uno statuto parzialmente differente per quanto riguarda gli strumenti di cooperazione e mutuo riconoscimento e nel quale il principio, richiamando la classificazione scelta all'inizio della trattazione, svolge una funzione "collaterale" alla regolazione dell'istituto di volta in volta disciplinato, non assurge a vero e proprio diritto soggettivo, ma viene rimesso alla valutazione dello Stato di esecuzione nella misura in cui può dar seguito o meno alla richiesta estera; l'art. 50 CDFUE, che, in definitiva, concorre con le altre sfaccettature del principio e, allo stato, non ha ancora spodestato le altre forme, posto che la norma trova applicazione nella sola attuazione del diritto dell'Unione; l'art. 4, Prot. 7, CEDU che, a ben vedere, risulta la norma centrale del sistema perché applicabile ad un numero ben superiore di destinatari, ma patisce una significativa limitazione nel non trovare cittadinanza nei rapporti fra Stati; il divieto di *bis in idem* del doppio binario, Giano bifronte, disciplinato nella piccola Europa dell'art. 50 CDFUE e nella grande Europa dall'art. 4, Prot. 7, CEDU, soggetto ad interpretazione non del tutto uniformi da parte della Corte di giustizia e della Corte Edu.

Una siffatta compresenza di anime ha quale conseguenza una limitazione del diritto a non essere giudicati due volte per lo stesso fatto, posto che la diversa latitudine di applicazione del principio, oltre a lasciare scoperti plurimi terreni di duplicazione dei procedimenti, rende difficoltosa l'intellegibilità del principio⁵⁴⁴.

Diventa quindi improcrastinabile tentare di ridurre questa frammentarietà, tentando una *reductio ad unum* del principio del *ne bis in idem* e provando a riscriverne e riunirne tutte le anime.

⁵⁴³ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem*, cit., p. 63.

⁵⁴⁴ S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 95, per cui «Nonostante l'esistenza di uno stretto raccordo fra i diritti umani tutelati nell'ambito del diritto UE e la CEDU, la coesistenza dei due strumenti e il loro (problematico) coordinamento con i principi generali danno luogo ad un intreccio che accentua l'impressione dei cittadini europei di essere "lost in complexity"».

Un'importante soluzione sarebbe potuta passare dall'adesione dell'Unione europea alla CEDU, così che l'assoggettamento della Corte di giustizia alla Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe permesso di uniformare l'opera pretoria di interpretazione del principio. Indubbiamente, la regolazione dei rapporti fra le due Corti avrebbe offerto un significativo elemento di stabilità, posto che, ad oggi, gli artt. 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non hanno garantito un'interpretazione del tutto convergente.

Non può però tacersi che proprio tale aspetto, non limitato alla tutela del *ne bis in idem*, ma esteso in generale ai diritti fondamentali, pare aver avuto un peso determinante nel parere negativo espresso dalla Corte di giustizia circa l'adesione dell'Unione europea alla CEDU.

Giova peraltro precisare che secondo l'Avvocato generale Juliane Kokott⁵⁴⁵ l'adesione alle CEDU non avrebbe importato nessuna modifica al diritto dell'Unione.

Non registrandosi iniziative del legislatore europeo dirette ad uniformare la portata del *ne bis in idem*, occorre – ancora una volta – sperare nell'opera ermeneutica delle Corti europee.

Non sono mancate, fra l'altro, proposte per una *reductio ad unum*, in riferimento ai criteri per determinare la medesimezza del fatto, del principio in forza del quale una persona non può essere perseguita più di una volta per lo stesso fatto⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ Cfr. Presa di posizione dell'Avvocato generale Juliane Kokott, presentata il 13 giugno 2014, procedimento di parere 2/13, § 152: «Anche in riferimento al divieto di doppio giudizio penale (*ne bis in idem*) ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del Protocollo n. 7 della CEDU, nessuna modifica del sistema di diritto dell'Unione di attuazione degli articoli 101 TFUE e 102 TFUE si rende necessaria in conseguenza della prevista adesione dell'Unione alla CEDU. Infatti, il Progetto di accordo non va proprio a toccare il Protocollo n. 7 della CEDU. Pertanto l'Unione, in conseguenza della sua adesione alla CEDU, non assumerà alcun obbligo giuridico internazionale in materia di *ne bis in idem*. Di conseguenza, con riferimento all'adesione alla CEDU attualmente prevista, non sarebbe necessario fare alcunché in materia di *ne bis in idem*, anche nel caso in cui – contrariamente alla tesi da me esposta – si volesse partire dal presupposto che attualmente la concezione di tale principio del diritto nell'ambito del diritto europeo della concorrenza non coincide (ancora) completamente con quella fatta propria dalla Corte EDU in materia penale.»

⁵⁴⁶ S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2013, p. 578. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott presentate l'8 settembre 2011, causa c-17/10, *Toshiba Corporation ed altri*, § 117. L'Avvocato generale palesava la frammentarietà di approcci ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem*, evidenziando, nel tema della concorrenza, equiparabile, *ratione materie*, al diritto penale, il ricorso a tre criteri: identità del fatto, identità del contravventore e del

Un primo importante passo nel senso di un'interpretazione unitaria del principio potrebbe coincidere con il superamento delle resistenze che la Corte di giustizia ha frapposto nelle sentenze *Spasic* e *Kossowski* in tema di vigenza delle condizioni di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS e di riserve di cui all'art. 55 CAAS, in tal modo abrogando, di fatto, il *ne bis in idem* dell'area Schengen a tutto favore di un'espansione dell'art. 50 CDFUE.

Occorrerebbe, poi, un riallineamento delle due Corti per quanto concerne l'operatività del principio nel doppio binario sanzionatorio. Nell'ottica di effettività della garanzia del *ne bis in idem*, più precisamente, apparirebbe auspicabile un *revirement* del *revirement* di *A. and B. v. Norway* da parte della Corte Edu.

A causa della frammentarietà delle fonti, l'unica soluzione per riconoscere effettività al principio passa per la disamina del suo nucleo duro, in forza del quale si può affermare che il processo, in definitiva, deve essere uno, a nulla rilevando riserve, condizioni ovvero l'etichetta di "amministrativo" a coprire la scritta penale.

Emesso il verdetto – indipendentemente dall'esito – per una determinata condotta, l'intervento statale deve ritenersi esaurito sicché l'irrevocabilmente assolto o condannato non deve temere un nuovo processo, sia all'interno dello Stato di emissione della sentenza che all'estero.

bene giuridico tutelato. Tale ultimo criterio, come osservato, non viene preso in considerazione negli altri settori.

Bibliografia

ALLEGREZZA S., *Art. 4, Protocollo n. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 894.

AMALFITANO C., *Da una impunità di fatto ad una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *sidiblog.ord*, 15 settembre 2015.

AMALFITANO C., *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3889.

AMALFITANO C., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 1610.

AMALFITANO C., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *eurojus.it*, 29 gennaio 2017.

AMALFITANO C., *Sub art. 50*, in R. MASTROIANNI, O. POLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1016,

AMAR A.R., MARCUS J.L., *Double Jeopardy Law After Rodney King*, in *Columbia Law Review*, vol. 95, n. 1, 1995, p. 1.

AMATO G., *Estensione del «ne bis in idem» sulla base di principi generali*, in *Guid. dir.*, 2005, fasc. 40, p. 76.

AMODIO E., *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 797.

ARIOLLI G., *L'applicazione «definitiva» delle misure di sicurezza nel processo penale e la natura del decreto di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2787.

ASTARITA S., *Ne bis in idem e archiviazione: tra rimedi sanzionatori e spirito europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1155.

BACCARI G.M., *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 991.

BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p.109.

BARBERINI R., *Il principio del ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1788;

BARGI A., *Conflitti e contrasti sulla competenza del nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1488.

BARGI A., *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, Milano, 2013.

BARGIS M., *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 914.

BARONTINI L., *La partecipazione a distanza al dibattimento: cronaca dell'espansione applicativa di un istituto dalla dubbia tenuta costituzionale*, in V. FANCHIOTTI, M. MIRAGLIA (a cura di), *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studio*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 157.

BASILE E., *Riforma del market abuse: quando la toppa (parlamentare) è peggiore del buco (governativo)*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2017.

BASSI A., *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1401.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, 1973.

BELFIORE R., *Ne bis in idem e cognizione della corte di cassazione: un segnale di apertura all'ammissibilità del ricorso*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4253.

BELFIORE R., *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288.

BELLUTA H., *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 68.

BERNARDONI P., *Nuova pronuncia della Corte di giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di “sentenza definitiva” e un’occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 luglio 2016.

BIGIARINI A., *Ne bis in idem: il cortocircuito del “doppio binario” sanzionatorio in relazione a fatti di criminalità economica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 262.

BOGGIO M.L., SACCO G., *Fisionomia del divieto di un secondo giudizio: principi e “indicazione per l’uso”*, in *Corr. trib.*, 2016, p. 3585.

BONSIGNORI R., *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1997, I Agg., 119.

BONTEMPELLI M., *La litispendenza e il divieto di doppia decisione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1316.

CAIANIELLO M., *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 59.

CAIANIELLO M., *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell’IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 18 maggio 2015.

CALAFIORE G., *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del principio ne bis in idem*, in *europeanpapers.eu*, 2017, p. 243.

CALÒ R., *Ne bis in idem*: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1120.

CAMALDO L., *L'ordine di protezione europeo e la tutela delle vittime di reati oltre i confini nazionali (d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9)*, in F. RUGGIERI, (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Estratto, Giappichelli, Torino, 2017, p. 69.

CAMALDO L., *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagini penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4196,

CAMALDO L., QUERCIA F., *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3511.

CANESCHI C., *I confini di applicazione del principio del contraddittorio in sede extrapenale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 114.

CANESTRINI N., *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario italiano tra procedure di infrazione, pre-alerts della Commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4201.

CANTONE R., *La «circolazione probatoria tra procedimenti». Le modifiche introdotte dalla l. n. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2561.

CAPORALE S., *Ne bis in idem internazionale. Il provvedimento di archiviazione non sempre chiude definitivamente il processo*, in *Arch. pen.*, 2016, 867.

CAPRIOLI F., *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 1374.

CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Novene, Napoli, 1994.

CAPRIOLI F., *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 81.

CAPRIOLI F., VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011.

CARNELUTTI F., *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 161.

CASSIBBA F., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e “doppio binario sanzionatorio”*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 1098.

CASTELLANETA M., *L'archiviazione in altro Stato non fa scattare il «ne bis in idem»*, in *Guida dir.*, 2005 (12), p. 107.

CASTELLANETA M., *Sub art. 50 CDFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Cedam, Padova, 2014, p. 1651.

CATENACCI M., *I reati in materia di ambiente*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 432.

CERESA GASTALDO M., *L'esecuzione*, in V. GREVI, G. CONSO, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2016, p. 949.

CHIAVARIO M., *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 465.

CHIAVARIO M., *Manuale dell'extradizione e del mandato di arresto europeo*, Utet, Milano, 2013.

CIAMPI A., *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva" e le condanne "patteggiate"*, in *Int'l lis*, 2003, p. 115.

CIAMPI A., *Sull'ovvia inefficacia preclusiva della pronuncia di applicazione "preventiva" del principio del ne bis in idem*, in *Int'l lis*, 2005, p. 115.

CIANI G., *Sub art. 649*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Volume IX, Milano, Giuffrè, 2012, p. 22.

COLAMUSSI M., *Sequestro e confisca in territorio dell'Unione europea. Il punto in tema di norme di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2473.

COLOMBO E., *Le novità del D.Lg. n. 212/2015: primi rilievi*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2214.

CONFALONIERI S., *Ancora in tema di omesso versamento IVA e ne bis in idem: il Tribunale di Terni dichiara di non doversi procedere per la sanzione penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 dicembre 2015.

CONFALONIERI S., *Ne bis in idem e reati tributari: il tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente, dopo la pronuncia A e B c. Norvegia?*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 dicembre 2016.

CONSO G., GUARINIELLO R., *L'autorità della cosa giudicata penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 44.

CONSO P., *Prospettive evolutive del ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, p. 1.

CONSO P., *Reati tributari: legislatore italiano autonomo rispetto agli obblighi comunitari*, in *Ipsos quotidiano*, 17 ottobre 2015.

CONTI C., *Archiviazione*, in G. GARUTI (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. SPANGHER (diretta da), *Trattato di procedura penale*, Utet, Torino, 2009, p. 729.

CONTI C., *Le contestazioni a catena nell'applicazione della custodia cautelare: dalla repressione di un abuso ad un automatismo indifferenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1275.

CONTI C., *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 610.

CONTI R., *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *diritticomparati.it*, 6 marzo 2013.

CONTI R., *Osservatorio della Corte di giustizia – Principio del ne bis in idem*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1141.

CORDERO F., *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 1987.

CORDERO F., *Procedura penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2012.

CURTOTTI D., *Le procedure di consegna della persona: il mandato di arresto europeo*, in G. SPANGHER – A. MARANDOLA – L. KALB (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Utet, Milano, 2015, p. 973.

D'ALOIA A., *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. eur.*, 1/2014, p. 1.

DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 655.

DANIELE M., *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. Lgs. N. 108 del 2017*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 7/8, p. 208.

DARAI G., *L'attuazione della d.q. 577/2003 sul reciproco riconoscimento dei provvedimenti di sequestro a fini di prova o confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1133.

DE AMICIS G., GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 469.

DE AMICIS G., *Il principio del ne bis in idem nel contesto della cooperazione giudiziaria: primi orientamenti della Corte di giustizia*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 3179.

DE AMICIS G., *L'attuazione nell'ordinamento italiano della decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3028.

DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio (art. 7 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Cedam, Milano, 2016, p. 515.

DE LUCA G., *Giudicato – dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989.

DE LUCA G., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè Milano, 1963.

DE PASQUALE P., *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del ne bis in idem non è ancora finita*, in *dirittounione europea.it*, ottobre 2017.

DE PASQUALE P., *Sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 541.

DEL VESCOVO D., *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1413.

DELLA MONICA G., *Giudicato*, in *Dig. pen.*, I, Torino, 2008, p. 383.

DI BITONTO M.L., *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1335.

DI BITONTO M.L., *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 441.

DI CHIARA G., *Ne bis in idem, nozione di idem factum e concorso formale di reati tra ordinamento interno e garanzie CEDU*, in *Dir. pen. proc.*, 2016 p. 1171.

DI PAOLO G., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3018.

DI STASI A., *Garanzie “multilivello” e tutela sostanziale nella CEDU*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano*, Cedam, Milano, 2016, p. 3.

DI STASI A., *I rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento italiano*, Cedam, Milano, 2016, p. 73.

DOLCINI E., PALIERO C.E., *I «principi generali» dell'illecito amministrativo nel disegno di legge «modifiche al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1980, p. 1154.

DOLCINI E., *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 777.

DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *penacontemporaneo.it*, 11 dicembre 2014.

DOVA M., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 giugno 2014.

FABBRICATORE A., *Il ne bis in idem e Corte di giustizia: ancora un chiarimento sulla nozione di “sentenza definitiva”*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1171.

FALLET LA ROCCA L., *¿Es posible pensar el non bis in idem como una garantía unitaria? Estudio de los sistemas español y argentino, con referencia a la jurisprudencia de tribunales internacionales*, FD Editor, Buenos Aires, 2015, p. 1

FANCHIOTTI V., *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987.

FELISATTI V., *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2017, p. 1.

FERRANTI D., *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3415.

FERRARO A., *Brevi note sul ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1861.

FERRUA P., *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 2017, p. 109.

FERRUA P., *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 78.

FERRUA V.P., *Il “giusto processo”*, Zanichelli, Bologna, 2007.

FIMIANI P., *Ne bis in idem tra sanzioni disciplinari penitenziarie e danneggiamento*, in *ilpenalista.it*, 10 novembre 2017.

FLETZER G., *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, in *Ind. pen.*, 1970, p. 123.

FLICK G.M., NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 868.

FOSCHINI G., *La litispendenza nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, p.19.

GALANTINI G., *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1205.

GALANTINI G., *L'adattamento del mandato di arresto europeo nella legge attuativa della decisione quadro*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4086.

GALANTINI N., *Commento alla soluzione di un caso di litispendenza internazionale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3359.

GALANTINI N., *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1989.

GALANTINI N., *Diritti e conflitti di giurisdizione (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29)*, in F. RUGGIERI, (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Estratto, Giappichelli, Torino, 2017, p. 113.

GALANTINI N., *Divieto di bis in idem. Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, p. 215.

GALANTINI N., *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 97.

GALANTINI N., *Il Principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1984.

GALANTINI N., *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3474.

GALLUCCIO A., *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in *penalecontemporaneo.it*, 11 gennaio 2016.

GARBAGNATI KETVEL M.G., *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell'Unione europea?*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 395.

GATTA G.L., *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 77.

GIORDANO L., *L'attuazione della decisione quadro sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1024.

GIOVANNINI S., *Il ne bis in idem per la Corte Edu e il sistema sanzionatorio tributario*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 1155.

GIOVENE A., *Giudicato*, in *Dig. pen.*, V, Torino, 1991, p. 423.

GITTARDI I., *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4, Prot. 7 CEDU*, in *penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2015

GREGGI G., *Giusto processo e diritto tributario: la prova testimoniale nell'applicazione delle CEDU (il caso Jussila)*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 228.

GREVI V., *Appello del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1414.

GREVI V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 423.

GUAZZAROTTI A., *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'unione sempre più stretta*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 381.

INGRAVALLO I., *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 497.

INZERILLO G., *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Utet, Torino, 2005, p. 729.

IOVINO F.P.C., *Gli effetti del reciproco riconoscimento per l'esecuzione delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1148.

IUZZOLINO G., *La confisca nel diritto penale dell'Unione europea tra armonizzazione e mutuo riconoscimento*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1554.

IZZO F., *La litispendenza e il ne bis in idem: lo scontro è fra efficienza e garanzia*, in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 20, p. 56.

JANNELLI E., *La cosa giudicata*, in M.G. AIMONETTO (coord. da), *Le impugnazioni*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Utet, Torino 2005, p. 587.

KOSTORIS R., *Diritto europeo e giustizia penale*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano 2017, p. 1.

KOSTORIS R., *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in R. KOSTORIS (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 1.

KOSTORIS R., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1177.

KOSTORIS R., *Pubblico ministero europeo e indagini “nazionalizzate”*, in *Cass. pen.*, 2013 p. 4738.

LA MARCA F., SANLORENZO R., *Contestazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino 1992, p. p. 519.

LABIANCA D., Ne bis in idem. *Una questione “eterna” all’esame della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, p. 1.

LAVARINI B., *Il “fatto” ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 60.

Legal Digest of International Fair Trial Rights, pubblicato da OSCE Office for Democratic and Human Rights (ODIHR), 2012.

LEO G., *L’abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (seconda parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 627.

LEO G., *L’abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 508.

LEONE G., *Azione penale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 853.

LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, III, Jovene, Napoli, 1961.

LEVY L.W., *Origins of the Bill of Right*, Yale University Press, 1999.

LOZZI G., *Legittimità costituzionale del «ne bis in idem»*, in *Giur. cost.*, 1976, p.1590.

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2017.

LOZZI G., *Reato progressivo e «ne bis in idem»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 1236.

LUGATO M., *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, p. 1009.

LUPARIA L., *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012.

LUPARIA L., *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 135.

MACCHIA A., Sub Art. 18, in G. LATTANZI, E. LUPO (diretto da), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, 2012, I, p. 185.

MANACORDA S., *Equazioni complesse: il ne bis in idem “ancipite” sul “doppio binario” per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 515.

MAÑALICH J.P., *El principio ne bis in idem frente la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*, in *Política criminal*, vol. 9 n. 18, p. 543.

MANCINI N., *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di giustizia sul caso Spasic*, in *Riv. int. priv. proc.*, 2016, p. 141.

MANCUSO E.M., *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012.

MANES V., “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 955.

MANES V., *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2015.

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, UTET, Vol. IV, Torino, 1956.

MARAFIOTI L., *Nuovo processo e favor separationis*, in AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale. Atti del convegno – Perugia 14 – 15 aprile 1998*, Cedam, Padova, 1989, p. 212.

MARCHETTI M.R., *L. 9/4/1990 n. 98 (G.U. 2/5/1990 n. 100 suppl.) – Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, concernenti l'estensione della lista dei diritti civili e politici, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984*, in *Leg. pen.*, 1991, p. 223.

MARCHETTI M.R., *Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Leg. pen.*, 1991, p. 250.

MARCHETTI M.R., *Protocollo n. 7 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Leg. pen.*, 1991, p. 227.

MARCOLINI S., DI PAOLO G., *Verso l'istituzione di una Procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la proposta di regolamento COM(2013)534 "final"*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 360.

MARCOLINI S., *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale e quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 362

MARINUCCI M., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, parte generale, Giuffrè, Milano, 2006.

MARZADURI E., *Opinioni a confronto. Preclusioni processuale e ragionevole durata del processo*, G. CANZIO, E. MARZADURI, G. SILVESTRI, in *Criminalia*, 2008, p. 242.

MASERA L., *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit. Analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1565.

MATTARELLA A., *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla*

progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4578.

MAZZA O., *Imputazione e «nuovi» poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1372.

MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra il ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1033.

MAZZA O., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio precostituito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1514.

MAZZACUVA N., AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Cedam, Milano, 2016.

MILITELLO V., *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2014, p. 106.

MOLINARI F.M., *Sull'applicabilità del principio ne bis in idem nel caso di duplicazione di procedimenti in corso per lo stesso fatto*, in *Foro ambr.*, 1999, p. 330.

MONTALDO S., *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2013, p. 574.

MOSCARINI P., *Il concetto europeo di “infrazione penale” e la concorrenza fra i sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 389.

NICOSIA E., *Le linee-guida della Commissione europea sull'uso del diritto penale per l'attuazione del diritto dell'UE*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2011.

NOCERA I.L., *Il principio di legalità prevale sull'obbligo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea*, in *dirittoegiustizia.it*, 5 dicembre 2017.

NORMANDO R., *Il giudicato: forza esecutiva ed effetti*, in L. KALB (a cura di), *Impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti con autorità straniere*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, UTET, Torino, 2015, p. 504.

NORMANDO R., *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in L. KALB (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, in G. SPANGHER (diretto da) *Trattato di procedura penale*, vol. IV, UTET, Torino, 2009, p. 5.

NOTARGIACOMO V., *Illecito penale e amministrativo: c'è ancora spazio per il doppio binario sanzionatorio?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 279.

ORLANDI R., *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3291.

ORLANDI R., *Principio di preclusione e processo penale*, in *Quest. giust.*, 2011, fasc. 5, p. 1.

PACE A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 193.

PADULA L., *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, Milano, 2005.

PAGLIARO A., *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, 1967, p. 961.

PALIERO C.E., *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 909.

PAOLI M., *Esposizione ad amianto e disastro ambientale: il paradigma di responsabilità adottato nella sentenza Eternit*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1802.

PAOLUCCI C.M., *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Utet, Torino, 2011.

PAULESU P. P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 457.

PAULESU P.P., *Riflessioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Dir. dir. proc.*, 2016, p. 637.

PECORI L., *Potenzialità preclusive della sentenza di non luogo a procedere*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 55.

PELISSERO M., *Concorso apparente di norme*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 557.

PELLEGRINI D., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU oltre il parere 2/13 CGUE*, in *federalismi.it*, 2016, fasc. 17.

PESCE C., *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e confisca*, in *Eurojus.it*, 27 aprile 2016.

PISAPIA A., *La risoluzione del Parlamento europeo sulla Procura europea a Eurojust. Quando il Parlamento europeo non è colegislatore*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 828.

PITTARO P., *Aperto alla firma il settimo protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, p. 1360.

PLASTINA N., *Il ne bis in idem ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di applicazione di Schengen: la Cassazione si pronuncia ancora sui limiti al nuovo giudizio*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1068.

PRADUROUX S., *Diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Agg., Torino, 2012, p. 305.

QUINTILIANO M.F., *Institutio oratoria*.

RAFARACI T., *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996.

RAFARACI T., Ne bis in idem, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, p. 857.

RAFARACI T., Ne bis in idem. *Conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 621.

RAIMONDI G., *La Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 nel quadro della protezione dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1885.

RAMÍREZ BARBOSA P.A., *El principio de non bis in idem como pilar fundamental del estado de derecho. Aspectos esenciales de su configuración*, in *Novum ius*, n. 1, 2008, p. 101.

RECCHIA N., *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia UE*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1373.

RECCHIA N., *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, p. 71

RIONDATO S., *Limiti del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 520.

RIVELLO P.P., *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 476.

RIVELLO P.P., Sub Art. 130, in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare*, Utet, Torino, 1992, p. 501.

RIVELLO P.P., Sub Art. 649, M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1991, p. 420.

ROMOLI F., *Spazio giudiziario europeo (profili comparati)*, in *Dig. disc. pen.*, 2011, VI agg., p. 606.

RUGGERI A., *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 869.

RUGGIERI F., *Ordine di protezione europeo e legislazione italiana di attuazione: un'analisi e qualche perplessità*, in *Proc. pen. giust.*, 5/2015, p. 99.

RUGGIERO R.A., *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3809.

RUSO C., *L'art. 90-ter c.p.p. nel quadro dei poteri processuali riconosciuti alla persona offesa nel procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3898.

SALVI G., *Abuso del processo e deontologia dei soggetti processuali. In particolare del giudice e del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4094.

SAMMARCO A.A., *La richiesta di archiviazione*, Giuffrè, Milano, 1993.

SARTORIELLO C., *Sanzionabilità penale e amministrativa degli omessi versamenti IVA: esclusa la violazione del ne bis in idem*, in *Fisco*, 2016, p. 2878.

SCAROINA E., *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.* 2015, p. 877.

SCOLETTA M., *Doppio binario e ne bis in idem nella nuova disciplina eurounitaria degli abusi di mercato*, in *Società*, 2016, p. 218.

SCOLETTA M., *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione al diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 novembre 2014.

SCOLETTA M., *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, in *penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2017.

SECHI P., *Vittime di reato e contesto sovranazionale (prima parte)*, in *Cass. pen.* 2017, p. 850.

SECHI P., *Vittime di reato e contesto sovranazionale (seconda parte)*, in *Cass. pen.* 2017, p. 1236.

SECHI P., *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 850.

SELVAGGI E., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: anche alla Corte di Strasburgo potranno essere poste questioni pregiudiziali*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2311.

SIMONATO M., *Ne bis in idem in the UE: two important questions for the CJEU (Opinion of the AG in C.486/14 Kossowski)*, in *europeanlawblog.eu*, 12 gennaio 2016.

SORRENTINO F., *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 79.

SPANGHER G., *Abuso del processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IX, Giuffrè, 2016, p. 1.

SPANGHER G., *Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 957.

SPANGHER G., *Il processo penale come pena*, in AA.VV., G. TRACUZZI (a cura di), *Per Francesco Carnelutti*, Cedam, 2015, p. 163.

SPANGHER G., *Soggetti*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1996, p. 1.

SPENCER J.R., *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 313.

TAORMINA C., *Archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Riv. pen.*, 2015, p. 715.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, XVII Ed., Giuffrè Milano, 2017.

TRINCHERA T., SASSAROLI G., MODUGNO F., *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*, in *penalecontemporaneo.it*, 24 settembre 2013.

TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi*, ne bis in idem e proporzionalità, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1047.

TRIPODI A.F., *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1498.

TRIPODI A.F., *Il ne bis in idem si configura coi suoi "limiti": al vaglio di proporzionalità della Corte di giustizia la condizione d'esecuzione prevista dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 605.

TRIPODI A.F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014.

TROGLIA M., *L'ordine di protezione europeo dalla direttiva alla recente legislazione italiana di recepimento: alcune riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2455.

UBERTIS G., *Azione penale, contraddittorio e ragionevole durata del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 130.

UBERTIS G., *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 1, 2012.

UBERTIS G., *La "rivoluzione di ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 19.

VALENTINI C., *I provvedimenti ablativi (dd.lgs. 7 agosto 2015, 137, 15 febbraio 2016 n. 35 e 29 ottobre 2016, n. 202)*, in F. RUGGIERI, (a cura

di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Estratto, Giappichelli, Torino, 2017, p. 39.

VERVAELE J.A.E., *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 32.

VEZZANI S., *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 68.

VICOLI D., *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2466.

VIGANÒ F., *A never-ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016.

VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2014, p. 219.

VIGANÒ F., *La grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2016.

VIGANÒ F., *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositata le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 gennaio 2016.

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2016.

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 novembre 2016.

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 settembre 2015.

VIGANÒ F., *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte di Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"* in *penalecontemporaneo.it*, 21 settembre 2015.

VIGANÒ F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2017.

VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs legalità "convenzionale"?*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 5.12.2017.

VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 aprile 2013.

VOZZA D., *Non luogo a procedere e ne bis in idem nell'Unione europea: l'Avvocato Generale opta per il connubio*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 28 aprile 2014.

VOZZA D., *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea?*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, p. 143.

WEYEMBERGH A., *La cooperazione giudiziaria e di polizia*, in R. KOSTORIS (a cura di) *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 173.

ZIRULIA S., *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 24 febbraio 2015.

ZIRULIA S., *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in *penalecontemporaneo.it*, 24 luglio 2016.

ZUMBO S., *Duplicazione di procedimento e ne bis in idem*, in *Giust. pen.*, 2007, III, p. 194.